وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية العلوم الإسلامية

المسائل المستثناة
من
القواعد الفقهية العامة
و
أسباب استثنائها

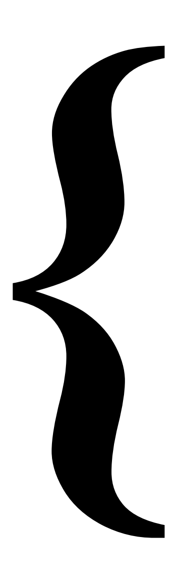
بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في أصول الفقه من قسم الشريعة

إعداد الطالبة : سعاد أوهاب

بإشراف الدكتور عبد المجيد بيرم

14351

(1426هـ/2005م)



قال ا تعالى:

[سورة التوبة: 122]

﴿وَمَا كَانَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةٗۚ فَلَوۡلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرۡقَةٖ مِّنۡهُمۡ طَآئِفَةٞ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوۡمَهُمۡ إِذَا رَجَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ لَعَلَّهُمۡ يَحۡذَرُونَ

حديث شريف

قال الإمام محمد بن إسماعيل البخاري : حدثنا سعيد بن عفير قال : حدثنا ابن وهب عن يونس ، عن ابن شهاب قال : قال حميد بن عبد الرحمن : سمعت معاوية خطيبا يقول : سمعت النبي صلى ا عليه و سلم يقول : " **من يرد ا به خيرا يفقهه في الدين ، و إنما أنا قاسم و ا يعطي ، و لن تزال هذه الأمة قائمة على أمر ا يضرهم من خالفهم حتى يأتي أمر ا** " .

[أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب العلم ، باب من يرد ا به خيرا يفقهه في الدين]

إهداء

إلى من غرس في الجد في العمل...و قوة الإرادة لبلوغه...و شجعني دائما على التفوق و بلوغ العلى...و كان المثل الأعلى في ذلك...

والدي رحمه ا ...

إلى من غرست في الحب...و الصبر...و التضحية...و كانت و راء كل نجاح...

والدتي رحمها ا ...

أهدي هذا العمل...الذي طالما انتظراه و شجعاني على بلوغه...ثم لم يكتب لهما رؤيته واقعا يتحقق...

أسأل ا سبحانه و تعالى أن يجعل ثواب هذا العمل في صحائفهما و يجزيهما عني خير الجزاء...

...رب ارحمهما كما ربياني صغيرا...

فاللهم آمين...

شكر وتقدير

أحمد ا الذي وفقني لهذا و أشكره كما يليق بجلاله و عظيم منّه و إحسانه ... و من شكر ا شكر من أحسن إليه من الناس[1]... لذاك لا يسعني إلا أن أشكر كل من كانت له يد في تنشئتي العلمية و أخص بالذكر أساتذتي بكلية الشريعة بجامعة دمشق محمد سعيد رمضان البوطي و الأخوين وهبة و محمد الزحيلي و نور الدين عتر و بديع السيد اللحام و أحمد حجي الكردي و مصطفى ديب البغا...و غيرهم ، و كذلك شيوخي و أساتذتي بدمشق من خارج الجامعة أذكر منهم مصطفى سعيد الخن و أبو الحسن الكردي و محمد سكر و عمر الريحان...و غيرهم ، ثم زوجي و رفيقي و معيني في هذا الدرب الأستاذ أحمد معبوط الذي هيأ لي الالتقاء و الإستفادة من كل هؤلاء ، وقبل هؤلاء جميعا أخي الدكتور نذير أوهاب الذي كان له بالغ الأثر في سلوكي هذا الطريق منذ نعومة أظافري ، فهؤلاء جميعا أدين لهم بالكثير.

[1] في ذاك حديث عند أبي داود و الترمذي و أحمد و غيرهم:"من لا يشكر الناس لا يشكر ا ".

كما أشكر كل من قدم لي خدمة تتعلق بإعداد هذا البحث و كتابته ، و على رأسهم الأستاذ الدكتور مصطفى سعيد الخن الذي تفضل علي بالإشراف على هذه الرسالة في بداية الأمر إذ لم يبخل علي بتوجيهاته و فيض علمه ، أسأل ا له العافية ، ثم تابع ذلك الدكتور عبد المجيد بيرم مشكورا إذ لم يدخر جهدا في متابعة هذا البحث توجيها و نصحا ، بل هيأ لي المراجع عند افتقادها في بعض الأحيان ...

و لا أنسى إدارة كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر التي قبلت تحويل تسجيل رسالتي إليها بعد تغيير إقامتي من دمشق إلى الجزائر و هيأت لي فرصة المتابعة فيها.

كما أشكر مسبقا الأساتذة المناقشين على توجيهاتهم التي ستكون إن شاء ا عونا لي على تلافي الخطأ و إصلاح الخلل ، إتماما للنقص و إغناء للبحث بكل مفيد...

و الحمد أولا و آخرا

المقدمة

الحمد حمدا يوافي نعمه و يكافئ مزيده ، و له الشكر كما ينبغي لجلال وجهه و لعظيم سلطانه ، و أصلي و أسلم على سيدنا و حبيبنا محمد الذي أرسله ا رحمة للعالمين هاديا و معلما لهذه الأمة يفقهها في دينها و يبين لها سبل الخير بشريعة لهم فيها صلاح دنياهم و سعادة آخرتهم ، صلى ا عليه و على آله و صحبه و أزواجه و ذريته و من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين..

و بعد:

فإن علم الفقه من أشرف العلوم ، بل هو غايتها و منتهاها ، و العلوم بشتى فروعها خادمة له وهي كلها مترابطة متكاملة تكون بمجموعها بناء متراصا يتجه نحو هدف واحد هو تنظيم أفعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم و ربطهم بخالقهم و معبودهم و هي الغاية التي خلق من أجلها الإنسان "و ما خلقت الجن و الإنس إلا ليعبدون"الذاريات56

فحياة المسلم كلها تقوم على أساس علم الفقه و الإلمام به و الاطلاع على تفاصيله و السير على الخطوط التي يرسمها.

و هذا يقتضي الديمومة و الاستمرار و البقاء ما بقي الزمان و المكان و الإنسان و هي خصوصية هذه الشريعة الخالدة؛و نحن نؤمن بكمال شريعتنا و إن ا سبحانه و تعالى ما ترك قضية إلا و بين حكمها "ما فرطنا في الكتاب من شيء"الأنعام38.

فكل ما يجد من قضايا و نوازل فإن فيها حكما:قال الشافعي رحمه ا :"فليس تنزل بأحد من أهل دين ا نازلة إلا و في كتاب ا الدليل على سبيل الهدى فيها"[1].لذلك اهتم علماء المسلمين بالفقه اهتماما بالغا،و أولوه الكثير من العناية و الاهتمام و تنوعت مسالكهم في خدمة هذا العلم، فمنهم من اهتم به من الناحية الفرعية فبسط فروعه و أبوابه و مسائله و منهم من عمل على تأصيل هذه المسائل بإرجاعها إلى أصولها و استنباطها من أدلتها العامة.

و طائفة اهتمت بربط هذه المسائل بقواعدها و ضوابطها، فاستقرءوا المسائل الفقهية و قارنوا بينها ، و استخرجوا منها جامعا مشتركا فكانت القاعدة الفقهية.

و اليوم و قد أغرقتنا الحضارة الحديثة بسيل من الاكتشافات العلمية تدخل في تفاصيل حياة الإنسان كلها من نوازل و قضايا تجعل المسلم الحريص على التزام شرع ا في حيرة من أمره في التعاطي مع هذه المستجدات الطارئة.و هنا تقع المسؤولية على فقهاء المسلمين في التصدي لها،و إعمال تلك الثروة الفقهية العظيمة التي ورثوها عن أسلافهم من أصول و قواعد في تخريج ما لم ينص عليها و ما استجد من نوازل على ضوئها, فإن لم يوجد اليوم لجزئية ما حكما فلا لوم على الشريعة ، إنما يقع اللوم على كاهل الفقهاء لأن تقاعسهم عن مواجهة مثل هذه المشاكل قد يوهم من لا دراية لهم و من في قلوبهم مرض أن الشريعة عاجزة عن مواكبة العصر و يتخذ ذلك ذريعة للهجوم على الشريعة و النيل منها .

ثم إن تطبيق شرع ا على النوازل و المستجدات يتطلب فهما دقيقا لأحكام الشريعة و إدراكا لمقاصد الشارع بما يحقق مصالح المكلفين و سعادتهم في الدنيا و الآخرة.

لذلك فإن الفقهاء الأوائل اتفقوا في أصول هذا العلم و كلياته و اختلفوا في جزئياته اختلاف تنوع و تقويم و تحقيق في الفروع الفقهية و جزئياتها تحقيقا لهذه المصلحة المتوخاة.

---

[1] الرسالة ص 20.

إن هذا العمل العلمي العظيم الذي قام به الأولون ذلل الكثير من الصعوبات التي تقف في طريق البحث العلمي ، فضبط هذه الكثرة الكاثرة من الفروع الفقهية و حصرها في قواعد تندرج تحت كل منها مجموعة متجانسة يضبطها حكم واحد،يفسر عصارة هذا الفقه و زبدته احتلت مكانا مرموقا على الساحة العلمية مما جعل الكثير من العلماء يؤكدون على تحصيلها و اعتبروا من لا يعتبر بها مفرطا في الفقه غير ضابط له.حتى قال القرافي رحمه ا :"و هذه القواعد مهمة في الفقه ،عظيمة النفع،و بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه و يشرف و يظهر رونق الفقه و يعرف و تتضح مناهج الفتوى و تكشف و من جعل تخريج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية،تناقضت عليه الفروع و اختلفت و من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات".[1]

أهداف و أسباب اختيار الموضوع:

ـ بناء على الأهمية القصوى للقواعد الفقهية ، و إضافة إلى شغفي و حبي للبحث في الفروع الفقهية الذي نشأت عليه ، حدى بي ـ لما تعين علي من كتابة بحث أتقدم به لنيل درجة الماجستير في العلوم الشرعية ـ أن أتوجه مباشرة إلى هذا الجانب ، أنمي به مداركي في هذا المجال ، لأن ضبط الفروع و ضمها إلى كلياتها يعطي تصورا أعمق لهذا العلم أضيف به لبنة لبناء شخصيتي العلمية.

ـ و قد لفت نظري موضوع الاستثناء في القواعد الفقهية إذ مع كثرة البحوث المقدمة في القواعد الفقهية ظلت ظاهرة الاستثناء فيها نقطة غامضة تثير تساؤل كل من يريد الاطلاع أو دراسة هذا الجانب الفقهي ، إذ لم تطرق من قبل الباحثين إضافة إلى أنها لم تتناول بشكل خاص و موسع فيما بين أيدينا من مصنفات المتقدمين ، فرغبت أن أبحث في هذا الموضوع للوقوف على تفسير لسبب هذه الاستثناءات في القواعد الفقهية و أكون بذلك قد قدمت مساهمة متواضعة تضيف لبنة جديدة إلى هذا العلم الذي ألمس توجها محمودا في الاهتمام به و توسيع الدراسات و تكثيفها في مجاله حيث يتوالى

---

[1] الفروق 3/1.

ظهور مثل هذه الدراسات و البحوث في السنوات الأخيرة ، و لا أدل على ذلك من وجود هيئة تتابع موضوعات القواعد الفقهية في المجمع الفقهي بجدة.

فإن وفقت لذلك فذلك فضل من ا و منة , و إلا فأكون بهذه المحاولة قد سلطت الضوء على جزئية لطالما ظلت غامضة في هذا العلم و أثرت من خلالها الموضوع ليتناوله أهل الاختصاص.

الدراسات السابقة:

1 ـ تعرض الفقهاء في مصنفاتهم في القواعد الفقهية إلى تصنيف هذه القواعد كما نرى ذلك في كتب الأشباه و النظائر، و اهتم فريق آخر بشرح هذه القواعد كغمز عيون البصائر للحموي ، و شرح القواعد للزرقا من المعاصرين ، و كان عملهم في ذلك محصورا في شرح القاعدة و التطبيق عليها ، و ربما أشاروا إلى بعض المسائل التي تخرج عنها استثناء دون ذكر سبب أو تفسير لذلك و هو المنهج العام في هذا النوع من المصنفات.

2 ـ المصنفات التي تناولت موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية بوجه خاص وبعناوين يدل ظاهرها على معالجة هذه الجزئية إنما تشير في أحسن الأحوال إلى الاستثناء دون ذكر أسبابه إضافة إلى أنها مصنفات مذهبية ، فتناول الإمام البكري مثلا ـ و هو المصنف الوحيد (فيما أعلم) الذي يوجد مطبوعا بين أيدينا ـ الذي اعتنى بالاستثناء في القواعد الفقهية يذكر القواعد مع الضوابط و يذكر المسألة المستثناة كل ذلك وفق المذهب الشافعي.

3 ـ لم أعثر على دراسات أو بحوث معاصرة تناولت موضوع الاستثناء في القواعد الفقهية بالتحليل أو الدراسة لأسبابه.

منهج البحث:

ـ اعتمدت في معالجة هذا الموضوع المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن. ذلك أن الأمر يتوقف على تتبع القواعد الفقهية و الوقوف على المسائل المستثناة منها مع

محاولة معرفة سبب ذلك الاستثناء و اعتبار ذلك استثناء أو لا مع بيان قوة التعليل أو ضعفه إلا أن البحث في الاستثناء في القواعد الفقهية يقتضي في بادئ الأمر الخوض في كون القاعدة كلية أو أغلبية لأنه الأصل الذي ينبني عليه العمل في البحث في المستثنيات و هو أول صعوبة واجهتني في هذا البحث إذ اطلعت على مجموعة هائلة من التعريفات للقاعدة الفقهية بعضها يجزم بكليتها و طائفة أخرى تصرح بأنها أغلبية لا كلية لخروج بعض جزئياتها استثناء.

حاولت أن أحقق القول في هذه المسألة :هل القاعدة الفقهية كلية أو أغلبية ؟ و ذلك بعرض أقوال العلماء في المسألة و مناقشتها.

ثم أردفتها بمباحث تمهيدية بينت فيها مقومات القاعدة الفقهية و الفرق بينها و بين غيرها من الكليات الأخرى ثم تناولت مصادر القاعدة لعلاقتها الوثيقة بنص القاعدة الذي هو مادة بحث الاستثناء و ختمت هذه المباحث الأولية بدليلية القاعدة التي تعتبر عنصرا جوهريا في هذا البحث.

فهذه المباحث التمهيدية ذات أهمية في هذه الرسالة فهي تساعد على إدراك طبيعة الموضوع.

ـ افتتحت ما يليها مباشرة من مباحث ، وفق التسلسل المنطقي ، بدراسة نظرية حول ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية ، بالتعرض لنشأتها و المؤلفات التي اعتنت بهذا الموضوع ، و طريقة تناوله ، ثم شرعت في ذكر أسباب الاستثناء ، مقدمة لذلك بلمحة نظرية عن السبب المراد تناوله و تطبيق الاستثناء في القواعد عليه دون الدخول في تفاصيله و اختلاف الأصوليين و مذاهبهم إلا بقدر الحاجة.

ـ اخترت في هذه المحاولة أن أتناول مجموعة من القواعد الفقهية العامة كنموذج تطبيقي لتوضيح ظاهرة الاستثناء في القواعد عموما بشرح أسبابه ثم أذكر المسألة المستثناة دون التقيد بمذهب بعينه أعرض فيه القاعدة الفقهية العامة بالشرح و التطبيق عليها[1] ثم أردفها بأمثلة تطبيقية لما استثني منها من فروع ضمن السبب المذكور و أعرض آراء الأئمة في هذه المسألة إذ قد تكون مستثناة من القاعدة لهذا السبب عند

---

[1] الأمثلة التطبيقية لمفردات القاعدة تنطبق عموما على المذهب الحنفي تبعا للشروح التي اعتمدتها في شرح القواعد ولم أرى ضرورة في تحقيقها على المذاهب الأخرى0

إمام في حين يعتبرها غيره فردا من أفراد القاعدة مبينة حجة و أدلة كل رأي أو مذهب.

ـ اعتمدت في هذا البحث ذكر القواعد الفقهية العامة و لم أتعرض للقواعد المذهبية ـ المختلف فيها ـ و إن حصل فهو نادر و قد نبهت إليه لأن القاعدة إذا لم تكن معتمدة عند مذهب ما فإن اعتبار ذلك الفرع مستثنى منها عند ذلك الإمام يكون عبثا.

ـ اعتمدت صيغة القواعد من مجلة الأحكام العدلية، و رمزت لرقم المادة بالحرف "م" متبوعا برقم المادة التسلسلي حسب ورودها فيها ؛ لأنها الصيغة التي استقرت عليها القاعدة و إن كان هناك تعديل على تلك الصيغة أشرت كما أنني حاولت أن أنتقي قواعد مختلفة و كذا في المسائل المستثناة إذ أوردت أمثلة موزعة على مختلف أبواب الفقه من العبادات و المعاملات و الأحوال الشخصية و الحدود و ...الخ .

ـ لم أتقص أسباب الاستثناء جميعها لأن ذلك من شأنه إطالة البحث فيزيد بكثير على القدر المسموح به في مثل هذه الدراسات فاقتصرت على الأدلة المتفق عليها و أهم الأدلة المختلف فيها إذ نجد أن المذاهب كلها اعتمدتها على التحقيق على اختلاف بينهم في العبارة و الاصطلاح و على تفاوت بينهم من حيث الأخذ بها في حين أن المتتبع يجد أن الأدلة الأخرى كسد الذرائع ، أو قول الصحابي ، كانت أسبابا لاستثناء بعض المسائل من قواعدها . كما أنني لم آت على كل الاستثناءات من كل قاعدة لأن هذا يطول بل يستحيل لكن أخذت بعض المسائل كنماذج في خروجها عن حكم كليتها لتلك الأسباب المذكورة.

ـ حاولت أن أرجع في دراسة المسألة المستثناة و بيان رأي كل مذهب إلى مراجعه الأصلية على صعوبة الحصول عليها ، وغالبا ما أنقل نصوصا من كتب الفقهاء لبيان حكم المسألة مع التعليل و هذا زيادة في الإيضاح و بيان مأخذ الحكم و ارتباطه بالقاعدة المستثناة . و قد استعملت أحيانا كثيرة عدة طبعات في المرجع الواحد و ذلك على حسب ما تيسر ، وكذلك الأمر في سائر مراجع هذا البحث .

رأيت أن أختم هذا البحث بملحق جمعت فيه نماذج لقواعد فقهيةأعيدت صياغتها بإضافة قيد أو شرط تكون القاعدة به أكثر شمولا و أقوى استيعابا وبالتالي تقل استثناءاتها، كعلاج أو نتيجة لهذه الظاهرة 0

ـ خرجت الأحاديث و الآثار فعزوتها إلى مصادرها الأصلية بالشكل الذي يفي بأغراض البحث دون تقصير أو إطناب .

ـ و قد ذيلت البحث بملحق لتراجم الأعلام الواردة أسماؤهم في البحث اعتقادا مني أن ذلك أيسر على القارئ و أضبط . ثم أردفته بفهارس علمية : للآيات القرآنية ، ثم للأحاديث و الآثار ، ثم للقواعد و الضوابط الفقهية ، ثم للأعلام و المراجع . أما فهرس المحتويات فآثرت أن يكون مرة مفصلا و أخرى مجملا تيسيرا على القارئ.

خطة البحث:

قسمت بحثي هذا إلى مقدمة و ثلاثة أبواب وملحق بها و خاتمة . أدرجت تحت كل باب فصولا و ضمنت الفصول مباحث و المباحث مطالب إذا اقتضى الأمر ذلك . و ذيلت البحث بملحق لتراجم الأعلام و فهارس علمية للآيات و الأحاديث و الآثار و القواعد و الضوابط و الأعلام . و تفصيلها كالتالي:

المقدمة

الباب التمهيدي

الفصل الأول:تعريف القواعد الفقهية و تحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية.

ـ المبحث الأول:تعريف القاعدة الفقهية

ـ المبحث الثاني : تحقيق القول في كون القواعد الفقهية كلية أو أغلبية

الفصل الثاني : مقومات القاعدة الفقهية

ـ المبحث الأول:أركان القاعدة الفقهية

ـ المبحث الثاني:شروط القاعدة الفقهية

الفصل الثالث :الفرق بين القاعدة الفقهية و الكليات الأخرى

ـ المبحث الأول: مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي

ـ المبحث الثاني:الفرق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي

ـ المبحث الثالث:الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية

ـ المبحث الرابع:الفرق بين القاعدة الفقهية و النظرية الفقهية

الفصل الرابع :مصادر القاعدة الفقهية

- المبحث الأول : نصوص الشرع
- المبحث الثاني :القواعد الفقهية التي هي نصوص من أقوال الأئمة
- المبحث الثالث:القواعد الفقهية المخرجة من تراث الأئمة

الفصل الخامس: دليلية القاعدة الفقهية

- المبحث الأول: أهمية القاعدة الفقهية
- المبحث الثاني:هل تكون القاعدة الفقهية دليلا يستنبط منه الحكم؟
- المبحث الثالث: آراء العلماء في دليلية القاعدة الفقهية :عرض و مناقشة

الفصل السادس : ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية :

- المبحث الأول:تعريف الاستثناء لغة و اصطلاحا
- المبحث الثاني:أقسام الاستثناء
- المبحث الثالث:بروز الاستثناء في القواعد الفقهية وأهم الكتب التي اعتنت به

الباب الأول:الاستثناء في القواعد الفقهية و أسبابه من الأدلة المتفق عليها

الفصل الأول: الاستثناء بسبب النص

- المبحث الأول:النص

المطلب الأول:التعريف بالنص لغة و اصطلاحا

المطلب الثاني: التعريف بالكتاب

المطلب الثالث: التعريف بالسنة

المطلب الرابع: العمل بالنص أو لا اجتهاد مع النص

- المبحث الثاني:مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص

المطلب الأول:المثال الأول:قاعدة "الخراج بالضمان"

المطلب الثاني: المثال الثاني:قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"

المطلب الثالث:المثال الثالث:قاعدة " البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه"

المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة " جرح العجماء جبار"

الفصل الثاني : الاستثناء بسبب الإجماع

- المبحث الأول: الإجماع

المطلب الأول:تعريف الإجماع

المطلب الثاني:حجية الإجماع

المطلب الثالث:مستند الإجماع

المطلب الرابع:أنواع الإجماع

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع

المطلب الأول: المثال الأول:قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ والمباني"

المطلب الثاني: المثال الثاني:قاعدة "الرخص لا تناط بالمعاصي"

المطلب الثالث: المثال الثالث:قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"

الفصل الثالث : الاستثناء بسبب القياس

- المبحث الأول: القياس

المطلب الأول:تعريف القياس

المطلب الثاني:حجية القياس

- المبحث الثاني:مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور"

المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة "العادة محكمة"

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة "الزعيم غارم"

المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"

الباب الثاني:الاستثناء في القواعد الفقهية و أسبابه من الأدلة المختلف فيها

الفصل الأول: الاستثناء بسبب الاستحسان

- المبحث الأول: الاستحسان

المطلب الأول:تعريف الاستحسان

المطلب الثاني:حجية الاستحسان

ـ المبحث الثاني:مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الأمور بمقاصدها"
المطلب الثاني: المثال الثاني: نذر التصدق بماله(من نفس القاعدة السابقة)
المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة "الحدود تدرأ بالشبهات"
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"
المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة "لا ينسب إلى ساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"
الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الاستصحاب
ـ المبحث الأول: الاستصحاب
المطلب الأول:تعريف الاستصحاب
المطلب الثاني:أنواع الاستصحاب
المطلب الثالث:حجية الاستصحاب
ـ المبحث الثاني:مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستصحاب
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "ما جاز لعذر بطل بزواله"
المطلب الثاني: المثال الثاني:قدرة المتمتع على الهدي بعد الشروع الصوم (مستثناة من نفس القاعدة السابقة)
المطلب الثالث: المثال الثالث:حكم المسافر إذا قدم نهارا في رمضان (مستثناة من نفس القاعدة السابقة)
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"
المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة " لا ضرر و لا ضرار"
المطلب السادس: المثال السادس: قاعدة "إذا اجتمع الحلال و الحرام غلب الحرام"
الفصل الثالث : الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصالح المرسلة)
ـ المبحث الأول: المصالح المرسلة
المطلب الأول:تعريف المصلحة
المطلب الثاني:أقسام المصلحة

المطلب الثالث:حجية المصالح المرسلة و موقف المذاهب منها
المطلب الرابع:شروط الأخذ بالمصلحة
- المبحث الثاني:مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصالح المرسلة
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الأجر و الضمان لا يجتمعان"
المطلب الثاني: المثال الثاني:قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"
المطلب الثالث: المثال الثالث:قاعدة "البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه"
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "المباشر ضامن و إن لم يتعمد"
الفصل الرابع: الاستثناء السبب العرف
- المبحث الأول: العرف
المطلب الأول:تعريف العرف و العادة لغة واصطلاحا و النسبة بينهما
المطلب الثاني:أقسام العرف
المطلب الثالث:تحكيم العرف
المطلب الرابع:أدلة اعتبار العرف
المطلب الخامس:شروط اعتبار العرف
المطلب السادس:الاحتجاج بالعرف في المذاهب الفقهية
- المبحث الثاني:مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف
المطلب الأول:المثال الأول:قاعدة"الإقرار حجة قاصرة"
المطلب الثاني:المثال الثاني:قاعدة"البينة علىالمدعي و اليمين على المدعى عليه"
المطلب الثالث:المثال الثالث:قاعدة"التابع تابع"
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "بيع المعدوم باطل"
ملحق بالبحث : نماذج من تعديل صياغة القواعد الفقهية
تمهيد:
القاعدة الأولى: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"
القاعدة الثانية:"المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"

القاعدة الثالثة:"يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا"

القاعدة الرابعة:"لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه"

القاعدة الخامسة: "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"

القاعدة السادسة:"الأصل في الصفات العارضة العدم"

القاعدة السابعة: "التابع تابع"

القاعدة الثامنة : "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"

الخاتمة : نتائج و توصيات

ملحق بتراجم الأعلام

الفهارس:

- **فهرس الآيات القرآنية**
- **فهرس الأحاديث و الآثار**
- **فهرس القواعد و الضوابط**
- **فهرس الأعلام**
- **فهرس المصادر و المراجع**
- **فهرس الموضوعات**

الباب التمهيدي

و فيه ما يلي :

الفصل الأول : تعريف القواعد الفقهية و تحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية

الفصل الثاني : مقومات القاعدة الفقهية

الفصل الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية و الكليات الأخرى

الفصل الرابع : مصادر القاعدة الفقهية

الفصل الخامس : دليلية القاعدة الفقهية

الفصل السادس : ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية

الفصل الأول :

تعريف القواعد الفقهية و تحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية

و فيه ما يلي:

تمهيد:

المبحث الأول :تعريف قواعد الفقه

المبحث الثاني : تحقيق القول في كون القواعد الفقهية أغلبية أو كلية

تمهيد:

نهج كثير من العلماء سواء القدامى منهم أو المعاصرين على تعريف القواعد الفقهية بمعناها اللقبي لا بكونها وصفا مركبا من جزأين :قواعد و فقهية. فدخل في تعريفهم للقواعد الفقهية جميع ما هو صالح للدخول تحت مصطلح القاعدة بمعناها العام.وأدى السير وفق هذا المنهاج إلى إثارة طائفة من الإشكالات و الاعتراضات على هذه التعريفات تعرض لها من أتى بعدهم من الباحثين بالمناقشة و النقد و التعقيب دون أن يفرقوا بين من قصد منهم إلى تعريف القاعدة بمعناها العام و من قصد الدلالة الخاصة للقواعد الفقهية.

هذا من جهة و من جهة أخرى اختلفوا في تعريفهم للقاعدة بناء على اختلافهم في مفهومها :هل هي قضية كلية أو أغلبية؟ لذلك كثرت و تنوعت انتقاداتهم تارة بكونها غير مانعة من دخول القواعد غير الفقهية فيها، وتارة بكونها ليست كلية بل أغلبية. لذلك فإننا في هذا البحث سوف نتعرض للقاعدة بمفهومها العام ثم نحدد مفهومها الفقهي.

هذا و لا بد من الإشارة إلى أن معنى القاعدة ليس مختصا بعلم بعينه و إنما هو قدر مشترك بين جميع العلوم و معلوما لدى العلماء منذ وقت مبكر و إن لم يحدوه.شأنه شأن أكثر العلوم قبل تنظيرها.

و قد ذكر العلماء أن الاستقراء هو أساس القواعد في مختلف العلوم و أساس استنباط مناهج و أصول و قواعد العلماء من تفريعاتهم.[1]

---

[1] انظر قواعد الباحسين 16-17.

المبحث الأول :

تعريف قواعد الفقه

المطلب الأول : تعريف القاعدة بوصفها علما مركبا :

قواعد الفقه مركب إضافي يتكون من المضاف وهو القواعد والمضاف إليه وهو الفقه والإضافة وهي الأمر المعنوي: وبما أن معرفة المركب تتوقف على معرفة مفرداته ضرورة توقف معرفة الكل على معرفة أجزائه فإننا نبدأ بتعريف القاعدة ثم الفقه ثم نعرج على الإضافة.

أ- تعريف القاعدة :

لغة: تجمع على قواعد: وهي أساس الشيء وأصله وقد وردت في اللغة العربية بمعان متعددة حسية ومعنوية تؤول كلها إلى المعنى المذكور: وهو الأساس والأصل.

و تفيد مادة: قعـد (ق-ع-د) معنى الإستقرار والثبات، قال ابن فارس (ت 395): القاف والعين والدال أصل مطرد منقاس لايخاف، وهو يضاهي الجلوس، وإن كان يتكلم فـي مواضع لا يتكلم فيها بالجلوس.[1]

وقواعد البيت أساسه، وهي بمعنى أساطين البناء وأعمدته ومن هذا المعنى قوله تعالى: "وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل " البقرة 127، وقوله تعالى: "فأتى ا بنيانهم من القواعد" النحل 127.

ومنه قواعد الهودج ،جاء في القاموس: "قواعد الهودج خشبات أربع معترضـة في أسفله تركب عيدان الهودج منها".[2]

وقواعد السحاب: أصولها في آفاق السماء شبهت بقواعد البناء.

---

[1] معجم مقاييس اللغة (108/5).

[2] القاموس المحيط للفيروز آبادي 340/1، ولسان العرب (مادة قعد) 36/3.

قال ابن الأثير:" أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيها بقواعد البناء قـال ذلك في بيان حديث رسول ا صلى ا عليه وسلم حين سأل عن سحابة مرت، فقال:" كيف ترون قواعدها وبواسقها ".[1]

كما جاء لفظ القواعد بمعناها المعنوي في القواعد من النـساء: وهـي المـرأة الكبيرة المسنة: وسميت قاعدا: لأنها قعدت عن الحيض والولد. وقال الزجاج في تفسير قوله تعالى: "والقواعد من النساء" النور 58،هي اللواتي قعدن عن الأزواج.[2]

وإن كان هذا المثال الأخير يبدو التحاقه بالمعنى المذكور غامضا لكن بالتأمـل نجدها تعود إلى نفس المعنى ولو بضرب من التأويل؛لأن القواعد من النساء اللاتـي لا يرجون نكاحا يلتفت إلى معنى استقرارهن وقعودهن في بيوت أوليائهن وقعيدة الرجـل تسمى قعيدة لثبوتها واستقرارها في بيت زوجها.

كما أنّهن بعد قعودهن عن الأزواج والولد فقد أنجبن من صرف خلائف لهن فهن بالنسبة لغيرهن كالأساس للبناء وأصول خلائفهن فروع.

ومنه شهر ذو القعدة الذي تقعد فيه العرب عن الأسفار..

هكذا فالمعنى العام الذي تدور حوله الاستعمالات اللغوية لكلمة القاعدة: هو الأصل والأساس سواء كان ذلك في الحسيات كما مر أم في المعنويـات كقواعـد الإسـلام و قواعد العلم فهي أصوله وأسسه التي تبنى عليها فروعه وجزئياته نظرا لابتناء الأحكام عليها كابتناء الجدران على الأساس.

إصطلاحا: عرفت القاعدة بمعناها التجريدي _ وهو المطلوب هنا _ بتعاريف كثيرة، نختار أوجزها وأشملها و هو تعريف صدر الشريعة إذ يقول: "القواعد قضايا كلية".[3]

و القضايا: جمع قضية سميت بذلك لاشتمالها على الحكم لأنه أهـم أجـزاء القـضية ويسمى الحكم قضاء كما في قوله تعالى: "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه" الإسراء 23.

والقضية تشتمل على جميع أركان الحكم: من الحكم ،والمحكوم به، و المحكوم عليه.

---

[1] النهاية في غريب الحديث لابن الأثير (296/3). و الحديث في كنز العمال (رقم15347ج6ص174).

[2] لسان العرب (361/3).

[3] التوضيح بحاشية التلويح (20/1).

فقد أطلق المناطقة القدامى مصطلح القانون أو القضية على مسائله،فقالوا :إن قوانينه "قضايا كلية منطبقة على جزئيات":نحو كل إنسان حيوان ينتج عنها بعض الحيوان إنسان.و كذا عند أهل النحو :كل فاعل مرفوع ينتج عنه بعض المرفوع فاعل و هكذا.

فكلمة قضية عند أهل المنطق و كذا مصطلح القانون عند بعضهم هي بمعنى القاعدة .

قال الفارابي في تعريف القوانين :

"و القوانين في كل صناعة :أقاويل كلية أي جامعة ينحصر في كل واحد منها أشياء مما يشتمل عليه تلك الصناعة وحدها حتى يأتي على جميع الأشياء التي هي موضوعة للصناعة أو على أكثرها".[1]

و القوانين ضوابط جميع المعارف لاتختص بالمنطق وحده . و في القاموس المحيط : أن القانون مقياس كل شيء.[2]

و الكلية: هي أساس القاعدة ولا يتحقق معناها من دونه والمراد بها المحكوم على جميع أجزائه، أو كافة أفراد القضية .

وسيأتي تعريف القاعدة في الاصطلاح بالتفصيل عند تعرضنا لتعريف القاعدة الفقهية بمفهومها اللقبي .

ب- تعريف لفظة "الفقهية":

الفقهية: نسبة إلى الفقه لإخراج ما ليس فقهيا ،كقواعد النحـو والأصـول والحـساب وغيرها.

والفقه: لغة الفهم، جاء في القاموس المحيط: الفقه (بالكسر) العلم بالشيء والفهم لـه، وقال في المصباح : الفقه فهم الشيء .**[(3)]**

وقد اختلف معناه عند علماء اللغة على ثلاثة أقوال:

---

[1] إحصاء العلوم للفرابي ص57 بتحقيق عثمان أمين.

[2] القاموس المحيط :مادة (ق ن ن) ص1582.

[3] القاموس المحيط 59/2 ،والمصباح 59/2.

أولا: مطلق الفهم ،سواء كان فهم الشيء الواضح أو الخفي. وهو ما عليه جمهـور أئمة اللغة، وهو ما يستفاد من قوله تعالى في شأن الكفار: "فما لهؤلاء القوم لا يفقهـون حديثا" النساء 78. يستفاد من الآية أن فهمهم لأي حديث ولو كان واضحا يسمى فقها.[(1)]

ثانيا:فهم الشيء الدقيق و هو أعم من أن يكون غرضا لمتكلم أو لغيره و هو قول أبي إسحاق المروزي و هو محجوج بالآية السابقة .

ثالثا:فهم غرض المتكلم من كلامه سواء أكان الغرض واضحا أم غير واضح و هـو قول الإمام الرازي .قال في الإبهاج :"وقولنا غرض المتكلم من كلامه إشارة إلى أنـه زائد على مجرد دلالة اللفظ الوضعية فإنه يشترك في معرفتها الفقيـه و غيـره ممـن عرف الوضع."[2]

وهو مردود بقوله تعالى :"وإن مـن شـيء إلا يـسبح بحمـده و لكـن لا تفقهـون تسبيحهم".الإسراء44.فإن ذلك يدل دلالة واضحة على تسمية ما ليس غرضا لمتكلم فقها.

و الفقه: اصطلاحا :عرفه علماء الاصطلاح بتعاريف كثيرة أشـتهر منهـا و لاقـى استحسانا تعريف البيضاوي ـ الذي سوف أقتصر عليه هنا ـ حيث قال:"هـو العلـم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية".[3]

العلم :جنس:و المقصود من العلم :مطلق الإدراك الشامل للتصور والتصديق .

بالأحكام :قيد أول للعلم لإخراج ما ليس بأحكام كأحكام الصفات و الـذوات و الأفعـال فهي تصورات . و الحكم:إسناد أمر إلى آخر إيجابا أو سلبا و "الـ ـ " للاسـتغراق أي المقصود جميع الأحكام.

الشرعية:قيد ثان للعلم لإخراج الأحكام غير الشرعية كالحسابية و الهندسية و غيرهـا مما ليس شرعا.والشرعية النسبة فيها إلى الشرع.

العملية:قيد ثالث لإخراج الأحكام الإعتقادية كقولنا :"القدرة واجبـة".و العمليـة: أي المتعلقة بصفة الثابتة للعمل من وجوب و حرمة وندب و غيرها.

---

[1] أساس البلاغة للزمخشري 210/2.

[2] انظر الإبهاج في شرح المنهاج 15/1.

[3] انظر أصول الفقه لمحمد أبو زهرة 7/1.

من أدلتها:قيد رابع لإخراج ما علم من غير دليل كعلم النبي المتلقى عن غير طريـق الوحي.من أدلتها :أي من أدلة الأحكام.

التفصيلية:قيد خامس احترازا من الأدلة الإجمالية الكلية التي لم تتعلق بـشيء معـين كمطلق الأمر أوالإجماع و مطلق القياس فالبحث فيها من الأدلة الكلية الإجماليـة مـن شأن علماء الأصول.[1]

ج ـ الإضافة بين القواعد و الفقهية:

الإضافة لغة:الضم و الإمالة ومطلق الإسناد.

و الإضافة في اصطلاح النحاة :نسبة تقييدية بين اسمين فوجب لثانيها الجر و هو ضم الأول إلى الثاني ليكتسب منه التعريف أو التخصيص.[2] أو إسناد اسم إلى غيره علـى تنزيل الثاني من الأول منزلة تنوينه أو ما يقوم مقـام تنوينـه .[3]و المـراد بهـا هنـا اختصاص المضاف إلى المضاف إليه باعتبار مفهوم المضاف إليه.[4]

فقواعد الفقه تختص بالفقه باعتبار أن فروعه مبنية على تلك القواعد فهي نسبة تقييدية بين القواعد و هذا العلم دون غيره.

المطلب الثاني : تعريف القواعد الفقهية بمفهومها اللقبي:

عرف العلماء القاعدة بتعاريف كثيرة متقاربة في كثير من الأحيان،مختلفة اختلافا صوريا أو جزئيا أحيانا أخرى،يصدق عليها التعريف المنطقي التجريدي للقاعدة بوجه عام ؛كما حاول البعض منهم تخصيص القاعدة الفقهية بالتعريف و هذا قليل جدا.

وسنستعرض بعض التعاريف من الطائفة الأولى مغفلين ما تطابق منها تطابقا تامـا خشية التطويل لكثرتها،ثم نحاول إلقاء الضوء بالدراسة و التحليل على التعاريف التـي خصت القاعدة الفقهية لانتقاء مانراه الأوفى بالمعنى.غير أنني سوف لن أتعرض لنقـد كل التعاريف المقترحة إلا بقدر ضرورة التوضيح لما يستدعيه البحث.[5]

---

[1] نفس المرجع السابق ص18.

[2] انظر المصباح المنير 7/2.

[3] انظر شرح التصريح على التوضيح للشيخ خالد الأزهري23/2.

[4] مقدمة محقق الدر المنثور 16/1.

[5] للرجوع إلى نقد التعاريف بشكل مفصل انظر كتاب القواعد الفقهية للدكتورالباحسين فهو يحوي دراسة نظرية مميزة للقاعدة الفقهية وقد استفدت منه كثيرا في هذا البحث .

1-قال التهانوي في الكشاف:"هي في اصطلاح العلماء تطلق على معان ترادف الأصل و القانون و المسألة و الضابط و المقصد ،و عرفت بأنها:(الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه).و إنه يظهر لمن تتبع موارد الاستعمالات أن القاعدة هي الكلية التي يسهل تعرف أحوال الجزئيات منها".[1]

و قريب منه تعريف الفيومي في المصباح.[2]

و تابعهما على ذلك تاج الدين السبكي.[3]لكنه اختار بعد قوله أن القاعدة هي " الأمر الكلي أن يبين أن الانطباق يكون على أكثر الجزئيات لا على كلها للتخلص من إفادة العبارة الانطباق الكلي"التام؛آخذا بعين الاعتبار استثناءات القاعدة.

وآثر بعضهم استعمال لفظة "قضية"أو"الحكم"أمثال صدر الشريعة فقد عرفها بأنها "القضايا الكلية".[4]و تابعه على ذلك الشريف الجرجاني[5]وأبو البقاء الكفوي[6]وذكر انطباقها على جزئياتها.

و اختار العلامة التافتازاني لفظة الحكم فقال :"القاعدة:حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه".[7]و كذا ابن خطيب الدهشة بنفس الألفاظ.[8]

و قد انتقد بعضهم لفظ الأمر؛لأنه يوهم إرادة "المفهوم الكلي"و هو ما لا يمنع تصور الشركة فيه بل قد توهمه بعضهم لكن التهانوي انتصر لرأيه و نعت هؤلاء المتوهمين بالقاصرين.[9]

---

[1] كشاف اصطلاحات الفنون 1676/5-1677.ط.بيروت.

[2] تعريف الفيومي :"الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته".المصباح المنير74/2.

[3] تعريف تاج الدين السبكي:"هي الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه".الأشباه و النظائر 11/10بتحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض.ط. دار الكتب العلمية.

[4] التوضيح بحاشية التلويح 20/1.

[5] تعريف الجرجاني:"قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها". التعريفات 171.

[6] تعريف أبو البقاء الكفوي:"قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها". كليات أبي البقاء 48/4.

[7] التلويح على التوضيح 20/1.

[8] المختصر من قواعد العلائي و كلام الإسنوي 64/1.

[9] كشاف اصطلاحات الفنون 1176/3.

و الحق أن التعبير عن القاعدة بالأمر فيه من التعميم ما ليس في القضية أو الحكم و التعبير بالحكم إنما هو على سبيل التجوز مجازا بإطلاق الجـزء علـى الكـل .قـال العليمي(ت 1061)في حاشيته على التصريح:"القاعدة قولنا كل فاعل مرفوع و ليس هـي الحكم فقط".[1]

إلا ان التعبير بالقضية أتم و أشمل لتناولها جميع الأركان؛الحكم و المحكـوم عليـه و المحكوم به، و إنما يطلق الحكم على القضية لأنها أهم أجزائها.

2- هذا من ناحية و من ناحية ثانية عبر العلماء في تعريفهم للقاعدة باندراج مجموعة من الجزئيات المتجانسة في الحكم أو الأصل الكلي لكن اختلفوا فمنهم من ذكر الانطباق الكلي أو الاشتمال على كل جزئيات القضية كقولهم:"من حيث اشتمالها بـالقوة علـى أحكام جزئياتها"،أو تنطبق على جميع جزئياتها لتعرف أحكامها منه،أو يـسهل تعـرف أحوال الجزئيات منها.و قد أضاف بعضهم مباشرة ليخرج القاعـدة الأصـولية التـي يتعرف منها الحكم الفقهي لكن بواسطة الدليل.[2]

لكن البعض الآخر تبنى فكـرة "أن القواعـد الفقهيـة أغلبيـة أو أكثريـة"وليـست كلية،وصرح في التعريف بانطباقها على معظم جزئياتها أو أكثر جزئياتها أو أنها حكم أغلبي كما فعل الحموي في تعريفه إذ قال في شرحه على الأشـباه و النظـائر لابـن نجيم"أن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة و الأصوليين إذ هي عند الفقهـاء حكـم أكثري لا كلي" معرفا لها:"القاعدة:حكم أغلبي ينطبق على معظـم جزئياتـه لتعـرف أحكامها منه".[3]

الخلاصة:

و عليه إذا أمعنا النظر في هذه التعريفات فإننا نأخذ صورة واضحة للقاعدة من جهة معناها العام الاصطلاحي،فالقاعدة في جميع العلوم كما اجتمعت عليه هذه التعريفات و إن اختلفت بعض عباراتها :هي كلية و هو القيد الأساس للقاعدة سـواء عبـروا عنـه بالقضية أو الحكم أو الأثر و أن هذه الكلية تشتمل على جزئيات متشابهة أو متجانـسة

---

[1] انظر حاشية الدسوقي على شرح التهذيب ص66.

[2] انظر تعريف احمد بن عبد ا بن حميد في مقدمته على قواعد المقري 107/1.

[3] غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر 51/1.

تندرج في هذا الأصل الكلي غير أنه لا بد من الإشارة هنا من أن اطلاقهم على القاعدة حكم الكلية هو من باب التغليب لأنه قد تشذ بعض الجزئيـات.فالقاعـدة سـواء فـي النحو؛نحو الفاعل مرفوع، أو في أصول الفقه؛نحو الأمر للوجوب ،أو ما سواهما مـن العلوم تنطبق على جميع جزئياتها ،و إذا كان هناك شاذ فإنه نـادر لا حكـم لـه و لا ينقض القاعدة.و العلماء يدركون ذلك قطعا غير أن منهم من اهتم بالقاعدة مـن حيـث أصلها غير ملتفتين إلى ما قد يصيبها من استثناء لأن الأصل في القاعدة أن تطـرد و تنطبق على جميع جزئياتها،فالاطراد فيها أصل و الشذوذ و الاستثناء طارئ و هو مـا جنح إليه التهانوي و الشريف الجرجاني و أبو البقاء الكفوي و غيرهم.

بينما آثر بعضهم تجنب ما يدل على الاطراد مشيرا إلى ما تتعرض إليه القاعدة مـن شذوذ و استثناء كما فعل تاج الدين السبكي فعبر بانطباق أكثر الجزئيات علـى الحكـم الكلي لا جميعها ،وقد أخذ بعضهم بعين الاعتبار القاعدة الفقهية و مايطرأ عليهـا مـن استثناء على وجه الخصوص كما صرح به العلامة الحموي فقال أن القاعـدة الفقهيـة غيرها عند الأصوليين و النحاة و بالتالي جاء تعريفه واضـح الدلالـة علـى وجـود الاستثناءات في القاعدة الفقهية و أن الحكم فيها أغلبي يندرج معظم الجزئيـات فيـه لا كلها و قد سبق ذكر التعريف و سوف نرجع إلى قضية كلية و أغلبية القاعدة الفقهية في مبحث خاص نحقق فيه قول العلماء في هذه القضية و مدى الفصل فيها و ذلـك بعـد التعرض لطائفة من تعريفات العلماء و الباحثين المعاصرين الـذين خـصوا القاعـدة الفقهية بالتعريف.

أ ـ ذكر من تعرض لتعريف القاعدة الفقهية على وجه الخصوص:

اهتم بعض العلماء والباحثين بتعريف القاعدة الفقهية على وجه الخصوص فحاول أن يضيق من العبارة الفضفاضة للقاعدة بمعناها العام التجريدي المطرد وذكر بعض خصوصية القاعدة الفقهية وتحديد عناصرها.

وقد أشرنا فيما سبق إلى تعريف الحموي ولا بأس من إعادته هنا لأن دخوله ضمن هذه الطائفة من التعريفات أنسب و سوف نبدأ به.

تعريف الحموي: قال الحموي: " هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه". [(1)]

تعريف أبي عبد ا المقري : فقد جاء مختلف العبارة من سـابقيه وقـد وصـف تعريفه بالدقة ولاقى إستحسانا عند طائفة كبيرة من الباحثين في هذا العلم رغم ما يكتنفه من غموض لاحظه عليه منتقدوه.

قال أبو عبد ا المقري المالكي (ت758) في قواعده:هي " كلّى أخص مـن الأصـول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة".[(2)]

وممن استحسن هذا التعريف وعبر عن أرجحيته الدكتور محمد الروكي في كتابه قواعد الفقه الإسلامي وكذا كتابه التقعيد الفقهي فقال في هذا الأخير: " أما تعريف المقري فهو في نظري ألصق التعاريف بحقيقة القاعدة الفقهية وأخص ما يكون بماهيتها، وذلك أنه جعل القاعدة الفقهية وسطا بين الأصول الشرعية العامة والضوابط الفقهية الخاصة ،ثم يبين الأصول العامة فقال : هي القواعد الكلية التي تستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع أو تعلم من الدين بالضرورة وذلك كحلّية الطيبات و حرمة الخبائث ورفع الحرج في الدين ومراعاة مقاصد المكلفين وغير ذلك من القواعد الشرعية. ثم قال أن وصفها بالشرعية هو الذي يحدد ماهيتها ودائرتها الاصطلاحية، والفرق بين القواعد الشرعية والقواعد الفقهية كالفرق بين الشرع والفقه، فالمراد بالشرع هي النصوص الشرعية من قرآن وسنة وما دلا عليه من أحكام، أما

---

[1] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (21/1).

[2] القواعد (212/1) تحقيق د. أحمد بن عبد ا الحميد.

الفقه فهو فهم هذه النصوص واستخراج الأحكام منها بإعمال وفهم العالم فمن عرف الضوابط الفقهية بأنها أخص من القواعد الفقهية و دونها في استيعاب الفروع كون القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ،و الضابط يجمع فروعا من باب واحد كما عرفه كثير من العلماء أمثال السيوطي و ابن نجيم و السبكي و غيرهم ،و من خلال ذلك يظهر لنا أن الضوابط الفقهية هي أضيق نطاقا من القواعد الفقهية هذا إذا اعتبرنا المعنى الاصطلاحي الخاص للضابط و قد رادف بينه وبين القاعدة كثير من العلماء تجوزا و هذا ما جعل أبا عبد ا يصف الضوابط بأنها خاصة".[1]

لكن رغم ما في هذا التعريف من حصر لمفهوم القاعدة الفقهية كما بينه الروكي

ـ وهذه مزية في التعريف لم يدركها غيره ممن عرف القاعدة الفقهية من العلماء القدامى ـ إلا أنه لا يزال فيه شيء من الإبهام و الغموض في تحديد القاعدة بدقة بين هذه المفاهيم التي ذكرها.و هذا ما أخذه الدكتور الباحسين على التعريف خاصة بعد ما لاحظه من فرق بين تفسير الروكي و أبي العباس المنجور لنفس التعريف.

قال المنجور مفسرا كلام المقري بأنه لا يقصد القواعد الأصولية العامة ككون الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس حجة ،و كحجية المفهوم و العموم و خبر الواحد و كون الأمر للوجوب و النهي للتحريم و نحو ذلك ،و لا القواعد الفقهية الخاصة كقولنا "كل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور"،و"كل عبادة بنية"،و إنما المراد ما توسط بين هذين مما هو أصل لأمهات مسائل الخلاف فهو أخص من الأول و أعم من الثاني.[2]

قال الدكتور الباحسين :"وهذا التفسير لا يزيل الإبهام الذي في التعريف ،إذ لا يوجد مقياس يحدد لنا ما هو المتوسط بين هذين النوعين الذين ذكرهما ،كما أن تفسيره للقواعد بما هو أصل لأمهات مسائل الخلاف يحصر القواعد في دائرة محدودة،هي

---

[1] التقعيد الفقهي ص48-51 بتصرف.

[2] شرح المنهج المنتخب 109.

دائرة ما اختلف فيه من الضوابط و القواعد و هذا ما ينطبق على قواعد المقري،إذ هي غالبها من الضوابط الفقهية المختلف فيها و كثيرا ما تورد بصيغة الاستفهام".[1]

رغم أن ملاحظة الدكتور في محلها من أن الإبهام قائم لعدم وجود مقياس يحدد لنا ما هو المتوسط بين هذين الأمرين غير أن قوله أن " غالب ما جاء في قواعده من الضوابط الفقهية المختلف فيها فهو على غرار من كتب في هذا العلم من القدامى خاصة من كتب القواعد المذهبية كما هو حال المقري يدرجون القواعد مع الضوابط في مؤلفاتهما بل كثير منها فروع فقهية ليس إلا، ولا يمكن اعتبارها قواعد بالمفهوم المصطلح عليه وهذا كثير في مؤلفاتهم أمثال قواعد ابن رجب، الفوائد البهية لمحمود حمزة و الإمام الزركشي في المنثور وابن السبكي في أشباهه لكن هذا الأخير قد تنبه إلى هذا الموضوع فقال في كتابه الأشباه والنظائر:" وراء هذه القواعد ضوابط يذكرها الفقهاء وليس عندنا من القواعد الكلية ،بل من الضوابط الجزئية الموضوعية لتدريب المبتدئين لا لخوض المجتهدين، ولتمرين الطالبين ولتحقيق الراسخين".[2]

ولم يذكر المقري أنه التزم تعريفه للقاعدة في مؤلفه لذلك يدخل في عموم من ذكرنا. ويبقى أنه حصر مفهوم القاعدة وإن لم يحدده بدقة.

ب ـ تعريفات بعض المعاصرين:

حاول بعض الباحثين المعاصرين عند تعرضهم لهذا الباب من الفقه الإسلامي بالبحث تعريف القاعدة الفقهية مجتهدا في إخراجها من العموم الذي وقع فيه المتقدمون، كل منهم اقترح حدا جمع فيه عناصر القاعدة الفقهية في نظره، وصاغها صياغة تجريدية رأى أنها الأوفى بالمقصود سنعرض أهمها.

---

[1] القواعد الفقهية للباحسين 41-42.

[2] الاشباه والنظائر 905/2.

1- **تعر يف الأستاذ الزرقا:** وصفها الأستاذ الزرقا في المدخل الفقهي بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها".[1]

ثم قال شارحا: فهي تمتاز بمزيد من الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الفقهية فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم.[2]

2- **تعريف الندوي :** وقد انتقى منه الندوي تعريفه للقاعدة فقال: " هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكام تشريعية عامة في أبواب متعددة من القضايا التي تدخل تحت موضوعه".[3]

3- **تعريف الروكي :** عرفها الدكتور الروكي بعد تعرضه لطائفة من التعريفات بالنقد بأنها : " حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة ، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية".[4]

ومما يميز هذا التعريف عن غيره في نظر مؤلفه أنه لابد للقاعدة من سند شرعي تستقي منه حجيتها وشرعيتها لكن "قوله" يستند إلى دليل شرعي" غير كاف بل غير مانع في هذا الباب لدخول غير القواعد الفقهية ممن يستند أيضا إلى دليل شرعي كقواعد العقائد وما شابهها مما ليس من الأحكام العملية".[5] .

4- **تعريف أحمد بن عبد ا الحميد :** قال في مقدمته لتحقيق قواعد المقري:"هي حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة".[6].

وكما يلاحظ فإنه مأخوذ من تعريف الحموي و أضاف إليه كلمة "فقهية" كقيد لإخراج غيرها من القواعد كالنحوية وغيرها. وهذا غير كاف كما قال الدكتور الروكي

---

[1] المدخل الفقهي965/2.

[2] ألفاظ العموم في اصطلاح أصول الفقه هي الألفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستقراء.

[3] القواعد الفقهية للندوي 43.

[4] نظرية التقعيد الفقهي 48.

[5] انظر في نقد التعريف قواعد الباحسين52.

[6] مقدمة تحقيق قواعد المقري 107/1.

أثناء نقده للتعريف؛ "لأن تمييز الفقهية من غيرها ليس هو إضافة " الفقهية" فقط بل الأمر أكبر من ذلك. فالقاعدة الفقهية لا تتميز عن غيرها إلا إذا أدرجنا في تعريفها ما يحدد عناصرها وما تقوم به ماهيتها فالفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة النحوية مثلا هو الفرق بين الفقه والنحو فهو فرق علمي موضوعي ينبغي أن يتضح تماما بمعالمه وحدوده في تعريف القاعدة". [(1)] .

5- تعريف محمد بن عبد الغفار الشريف: في مقدمة تحقيق كتاب المجموع المذهب قال: " القاعدة قضية شرعية عملية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها".[(2)]

وهذا التعريف كما نلاحظ خرج من النقد الموجه للتعريف السابق بأن قيد القواعد بأنها شرعية عملية وهو حد الفقه كما عرفه الأصوليون بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

وهو تعريف جيد وشامل في نظري، لأنه ذكر قيدا هاما لم يذكره غيره هو صلب موضوع القاعدة الفقهية. فقد وصفها أولا بأنها كلية وهو ما يحمل معنى العموم والتجريد وهما قيدان مهمان في القاعدة عموما، ثم يميزها من غيرها من الكليات بالقيد المناسب لموضوعها وهو الفقه بكونه يتضمن أحكاما تشريعية عملية.

ثم ذيلها بعنصر آخر للقاعدة: هي كونها يتعرف منها أحكام جزئياتها وهذا يعني استيعابها لجزئيات كثيرة تدخل تحت موضوعها وأشار إلى عملية التخريج بقوله يتعرف منها. وهذا هو المطلوب في التعريف عموما بأن يكون جامعا لعناصر موضوعه بحيث يدخل فيه كل ما يجب دخوله ويخرج منه ما يجب خروجه وهو المعبر عنه بقولهم في الحد:" أن يكون جامعا مانعا".

رغم أن الدكتور الباحسين في كتابه القيم "القواعد الفقهية" أخذ على كل من ذكر عملية التخريج في تعريف القاعدة و هم كثر بل أغلب التعاريف سواء من المتقدمين منهم أو المعاصرين ذكروا دخول جزئيات القاعدة ليتعرف أحكامها منها بأساليب مختلفة كما ذكرنا سالفا. وقال: " أنها ثمرة من ثمرات كلية القاعدة لكن لا تدخل في

---

[1] نظرية التقعيد الفقهي 46.

[2] مقدمة تحقيق المجموع المذهب 28/1.

ماهيتها". غير أنني -وا أعلم – أرى أن في ذكرها عنصرا هاما من عناصر القاعدة والتي لا تخرج عن ماهيتها وهو عنصر الاستيعاب والشمول لكثير من الجزئيات لأنه إذا لم يكن حكمها مستوعبا للجزئيات كان جزئيا لا كليا.و إذا أخذنا بعين الاعتبار ملاحظة الدكتور نقتصر على التعريف الآتي: **"القاعدة الفقهية هي قضية كلية شرعية عملية".**

6- تعريف الدكتور يعقوب الباحسين : نختم بتعريف الدكتور الباحسين الذي استخلصه من دراسة مستفيضة دقيقة ونقدية لموضوع القاعدة بكل جوانبه. قال: " هي قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية ". وجمع في تعريف آخر شرعية عملية في لفظة فقهية.[1].

أما الجزء الأول من التعريف فهو كسابقه جمع عناصر القاعدة الفقهية وقد سبق التعليق على ذلك.

لكن الجديد في هذا التعريف والذي لم يسبق إليه أحد من المتقدمين أو المعاصرين هو تحديد "جزئياته" بأنها "قضايا كلية" وهذا لم يذكره غيره،و برر ذلك بأن القضايا الكلية يتسع معناها حتى يشمل أحكام الجزئيات ذات التجريد والعموم كما هو في القواعد القانونية والأحكام الفقهية الجزئية التي يمثّل كل منها قاعدة كلية باعتبار تجريد موضوعها وعمومه نحو:"من أفطر نهار رمضان عامدا فعليه القضاء والكفارة " و"من اتلف مال غيره فعلية الضمان"، فإذا اكتفينا في تعريف القاعدة بأنها قضية كلية دخلت أمثال هذه القضايا في التعريف إذ هي لا تقتصر على شخص بعينه، بل تحكم عليه بصفاته العامة التي لا تختص به.

وكونهم يطلقون عليها جزئيات لا يعني سلب معنى القاعدة عنها ولهذا فإننا نجد أن رجال القانون يسمون هذه الجزئيات قواعد قانونية.[2]

ينقلنا الدكتور من خلال تعريفه إلى العلاقة بين القاعدة والضابط فقوله جزئياتها قضايا كلية فيه إشارة إلى الضوابط، فالقاعدة في الواقع تتسع لتشمل كثيرا من الفروع والجزئيات وتتفاوت بعضها مع بعض فمنها ما يشمل معظم الفروع الفقهية ومن أبواب

---

[1] القواعد الفقهية للباحسين 54.

[2] قواعد الباحسين 54.

فقهية متعددة قد تكون منها ضوابط لبعض الأبواب الفقهية كالقواعد الكبرى أمثال: " الأمور بمقاصدها "،و" اليقين لا يزول بالشك"...الخ.ومنها ما كان دونها في الاستيعاب، لذلك نجد أمثال السيوطي وابن نجيم في كتابيهما "الأشباه والنظائر" قسما القواعد إلى أقسام أو فنون.

ثم أن قوله فيما مهد به لتعريفه المختار أن تعريف القواعد الفقهية ينبغي أن لا يعتمد على الجانب النظري وحده، بل لا بد فيه من النظر إلى واقع القواعد الفقهية المنقول إلينا في كتب التراث شاهد عليه وليس له، إذ أن إطلاق الضابط على القاعدة أمر شائع مطّرد في المصادر الفقهية وكتب القواعد وهذا التمييز الذي نراه الآن اصطلاح حادث في العصور المتأخرة، كما بينه هو نفسه في غير موضع من كتابه. لذلك فإن تحديد جزئيات القواعد و حصرها في قضايا كلية أيضا تضييق لواسع فيما أرى لأن شمولية القاعدة كما تستوعب القضايا الكلية تتسع أيضا لجزئيات شتى قد يضبطها ضابط معين و قد لا تدخل تحت أي ضابط و هذا لا ينفي عنها صفة العموم، و كان تعبير الأستاذ الزرقا مناسبا وواضحا لما قال :" تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها". و هذا أقرب للمعنى من التعبير بجزئياتها قضايا كلية.

من هنا كانت أهمية القواعد الفقهية كونها تتخرج عليها ما يحدث من النوازل التي تدخل تحت موضوعها، و ليس بالضرورة أن تكون قضايا كلية .

من جهة أخرى فإن آخر التعريف ينقض أوله إذا عبرنا عن الجزئيات بأنها كلية فما المقصود بكلية القاعدة التي صدرنا بها التعريف؟ وا أعلم.

ج ـ شرح التعريف المختار: "القاعدة: هي قضية كلية شرعية عملية يتعرف منها أحكام جزئياتها".

قضية: جمع قضايا سميت بذلك لاشتمالها على الحكم الذي يسمى قضاء ،قال تعالى : " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه " الإسراء23.

وقال التفتازاني:" أن المركب التام المحتمل للصدق والكذب يسمى من حيث اشتماله على الحكم قضية".[1]

وقد يعبر عنه بالحكم باعتبار الحكم أهم أجزاء القضية لأنه الذي ينصب عليه التصديق والتكذيب إلا أن التعبير بالقضية أشمل لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة مما يرجح أولوية استعمال لفظه "القضية".

كلية: وهو قيد أساس في القاعدة لأن معناها لا يتحقق من دونه، والمراد بها القضية المحكوم على جميع أفرادها كما سبق أن بيناه.

وقد جنح العلامة الحموي إلى تفسير القاعدة الكلية بأنّها التي لا تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى وإن خرج منها بعض أفرادها.[(2)]

وهذا التفسير مخالف لما ذكره المحققون من العلماء ؛لأنه يلزم من كلامه خروج قواعد مجمع على كليتها في اصطلاح العلماء أمثال الضرورات تبيح المحضورات لدخولها تحت قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار".[(3)]

الشرعية: أي ما كان مستندها شرعيا تستقي منه حجيتها وشرعيتها؛ لأن التقعيد ضرب من الاستنباط لكن للكليات لا للجزئيات، ولإخراج ما ليس شرعيا من أحكام العلوم الأخرى.

العملية: قيد آخر يميز القاعدة الفقهية من غيرها من القواعد الشرعية الأخرى، كقواعد العقائد نحو :"القدرة واجبة" وما أشبهها من الأحكام غير العملية.

يتعرف منها أحكام جزئياتها:

ـ **يتعرف**: بصيغة التفعيل: فيه إشارة إلى الكلفة والمشقّة ؛فيخرج من التعريف القضايا الكلية التي تكون فروعها بديهية غير محتاجة إلى تخريج.

وطريق التعرف أن يأتي بالقاعدة الفقهية على هيئة قضية كلية نجعلها مقدمة كبرى في قياس منطقي بأن يكون موضوع تلك القاعدة محمولا على المسألة الصغرى ثم نسلك طريق الإنتاج بحذف الحد الأوسط فيحصل المطلوب. وهو ما عبر عنه صدر

---

[1] التلويح 20/1.

[2] غمز عيون البصائر 51/1.

[3] انظر قواعد الباحسين ص 35.

الشريعة بكون القضية الكلية ما تكون إحدى مقدمتي الدليل إلى مسائل الفقه ونص على أنها كبرى القياس.

فإذا أخذنا قاعدة أو ضابط: "كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به فهو راجع عن الوصية" قضية كبرى يعرف منها حكم جزئيات موضوعها، نضم صغرى سهلة المأخذ إليها، فإذا ما باع الموصي الموصى به، وجدنا أن هذا التصرف يوجب زوال الملك في الموصى به فيكون داخلا في الكبرى ومعلوما بالقوة، فإذا أردنا تخريج هذه الجزئية على القاعدة ضممناها إلى الكبرى فحصلت النتيجة:كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به هو رجوع عن الوصية، هذه كبرى يضاف إليها بيع الموصى به تصرف يوجب زوال الملك، هذه صغرى، فتكون النتيجة أن بيع الموصى به رجوع عن الوصية.

هذا التعرف على حكم الجزئية من القاعدة يسمى تخريجا.[1]

ـ أحكام جزئياتها:

وفيه تحديد لعنصر مهم من عناصر القاعدة وهو الاستيعاب والشمول فإذا لم يكن حكما مستوعبا للجزئيات كان حكما جزئيا لا كليا.

و المراد بالجزئيات: أفراد ذلك المفهوم الكلي الذي هو موضوع القضية والّتي لها زيادة تعلق بتلك القضية بأن يتوقف صدق كلية القضية على وجود تلك الجزئيات.

وتوضيح ذلك في قاعدة المشقة تجلب التيسير ؛فللمشقة مفهوم كلي الذي هو موضوع القاعدة له أفراد في الخارج كتجنب ذرق الطيور و طين الشوارع أو دم البراغيث من أجل الطهارة .وحمل المفهوم الكلي على هذه الأفراد نقول:تجنب ذرق الطيور مشقة و كذا طين الشوارع و دم البراغيث و بانطباق الأمر الكلي على هذه الأفراد تعرف أحكامها و هي أنها تجلب التيسير.[2]

---

[1] انظر مقدة محقق الدر المنثور للزركشي 11/1.

[2] انظر قواعد الباحسين 26.

المبحث الثاني :

تحقيق القول في كون القواعد الفقهية أغلبية أو كلية

يلاحظ من تعريف العلماء للقاعدة الفقهية اختلافهم في التعبيرعن انطباقها على جزئياتها؛ فمنهم من وصفها بالكلية وجعل انطباقها على جميع جزئياتها، وغض الطرف عما قد تتعرض له من مستثنيات، ومنهم من حرص على الحكم عليها بالأغلبية

وعدم الاطراد لخروج بعض الفروع عنها استثناء لأسباب نبينها في حينها من هذا البحث، وللتحقيق في هذه المسألة نستعرض آراء العلماء في ذلك.

1 ـ قرر الشاطبي في موافقاته أن الاستثناء وعدم الاطراد لا ينقض كلية القاعدة ولا يقدح في عمومها وقد عالج الموضوع بشكل أوسع و أعم من مجرد حصره في القواعد الفقهية بنظرته المقاصدية العامة في الشريعة الإسلامية، فقرر أن الاستثناء وعدم الاطراد عام في كل القواعد الاستقرائية التي تندرج القواعد الفقهية فيها، فهو شامل لكليات الشرع بل يلفت النظر إلى أن الله سبحانه وتعالى ضبط الخلق إلى قواعد عامة جرت سنة الله في الكون إلى أنها أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، ثم يقرر أن الكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عنها جزئي ما، فالعموم العادي المبني على الاستقراء لا يوجب عدم التخلف بل الذي يوجب عدم التخلف إنما هو العموم العقلي لأن العقليات طريقها البحث والنظر، وأما الشرعيات فطريقها الاستقراء ولا ينقضه تخلف بعض الجزئيات.

يقول الشاطبي :

" إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجه عن كونه كليا وأيضا فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار القطعي".ثم قال: "إن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلّي يعارض هذا الكلّي الثابت وهذا شأن الكليات الاستقرائية، وإنما يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحا في الكليات العقلية.

فالكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات".[1]

وقال في موضع آخر:

"أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من الأصول الكلية شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها فمن أخذ بنص مثلا في جزئي معرضا عن كليه فقد أخطأ".

ثم قال:

---

[1] الموافقات 2/52-53.

"فالحاصل أنه لابد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها و بالعكس و هو منتهى نظر المجتهدين بإطلاق وإليه ينتهي طلقهم في مرامي الاجتهاد".[1]

2ـ و يرى فريق من الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعي أحكاما إستحسانية وهي في هذا أشبه بالقياس في أصول الفقه فإنه كثيرا ما ينخرم ويعدل به إلى حلول إستحسانية مراعاة لمقاصد الشرع من حيث السهولة واليسر ورفع الحرج وجلب المصالح ودرء المفاسد أو أن بعضها يخصص أويقيد البعض الآخر.

يقول الآتاسي شارح المجلة:

"إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية لكن ربما يعارض بعض فروع تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولا بها عن سنن القياس إما بالأثر كالسلم والإجارة في بيع المعدوم، وإما بالإجماع كالاستصناع وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار، وإما بالقياس الخفي المعبر عنه بالاستحسان يقدم على القياس الجلي".

ثم يقرر أن ذلك لايخل بكليتها فيقول:

" إن بعض هذه القواعد وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاتها بعض المستثنيات للأسباب المارة لكن لا تختل بذلك كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخصص أو يقيد بعضا آخر".[2]

3-من ناحية أخرى يورد الدكتور الباحسين ملاحظة في غاية الأهمية أنه قد يكون خروج الجزئيات من القاعدة بسبب وجود مانع فيها أو عدم تحقق شرط من شروطها، وليس هذا خاصا بالقاعدة الفقهية إذ أنه حتى القواعد الأصولية يتحقق فيها مثل هذا، يقول في هذا الصدد: "إذا تتبعنا أكثر ما يستثنونه وجدناه لم ينطبق عليه شرط القاعدة، إذ أنهم يذكرون القاعدة مجردة من الشروط التي لا بد من تحققها، وقد يكون خروج الجزئيات المذكورة عن القاعدة بسبب وجود مانع فيها، وهذا الأمر ينطبق على جميع

---

[1] الموافقات 2/5-9 بتصرف.

[2] شرح المجلة (1/11-12).

القواعد وليس القواعد الفقهية وحدها فقاعدة "الأمر للوجوب" الأصولية لا يقدح في كليتها قوله صلى ا عليه وسلم: "كل مما يليك"[1] ولا قوله تعالى: "فكلوا مما أمسكن عليكم" المائدة4 ، لوجود القرينة الصارفة عن مقتضاه إلى التأديب أو الندب في الأول وإلى الإباحة في الثاني فإذا قيدنا القاعدة بقولنا: "الأمر المجرد عن القرائن للوجوب" استقامت القاعدة الكلية وهذا ما يمكن أن يقال في القاعدة الفقهية وغيره.[2]

وهذا ما نلاحظه في كثير من القواعد التي عدلها بعض الفقهاء، وقد قام الشيخ الزرقا في شرحه للقواعد بتعديل الكثير منها بإضافة شرط فيها أو غيره حتّى يقلل من مستثنياتها مثل: قاعدة "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه" هذه عبارة القاعدة في المجلة ـ أي مجلة الأحكام العدلية ـ والمقصود بلا إذن المالك.

وقد صاغها الدكتور مصطفى الزرقا بحذف الضمير أي:" لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن" ليشمل إذن المالك وإذن الشارع، كما قد يكون مصدر الإذن الشرع أوالعرف كما لو ذبح الراعي شاة أصيبت ولا ترجى حياتها فإنه لا يضمن، ونفاذ تصرف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذون به شرعا؛لأنه مستند إلى ولاية".[3]

ومثال ثاني: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" عدل القاعدة:" الضمان الشرعي المطلق ينافي الضمان".

قال: القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازا مطلقا، فلو كان الجواز مقيدا فإنه لا ينافي الضمان، لذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه، مع أن أكله واجب لا جائز فقط، وذلك أن هذا الجواز مقيد شرعا بحفظ حقوق الغير. وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام ما تتلفه بقوائمها أو بفمها وذلك لأن السير في الطريق العام وإن كان جائزا فهو مقيد شرعا بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه.[4] وبهذا التخريج تقل مستثنيات هذه القاعدة

---

[1] جزء من حديث رواه البخاري وغيره عن عمر بن أبي سلمة،كتاب الأطعمة ،باب التسمية على الطعام و الأكل باليمين رقم 5376.

[2] القواعد الفقهية للباحسين (47-48).

[3] المدخل الفقهي 1040-2/1041.

[4] المدخل الفقهي 1045-2/1046.

فإن الشراح يعدون هذين الفرعين من المستثنيات وسوف نبسط القول بمزيد الأمثلة والإيضاح لمسألة تعديل القاعدة الفقهية في المبحث الخاص بهذا الموضوع.

4 ـ في كثير من الأحيان تخلف مسألة ما عن حكم قاعدة ما يلزم منه اندراج هذه المسألة تحت حكم قاعدة أخرى، فالمسألة المخرجة تندرج ظاهرا تحت حكم قاعدة ولكنها في الحقيقة مندرجة تحت حكم قاعدة أخرى وهذا من باب تنازع المسألة بين قاعدتين.[1]

يقول ابن السبكي في هذا :

"و ربما جزموا بإعطائه (الفرع) حكما و ذلك ينقض على الأصل لقوة أصل آخر عليه اجتذب ذلك الفرع و انتزعه و هذا شأن كل المستثنيات من القواعد ".[2]

و مثل ذلك كثير في باب استثناء القاعدة بسبب العرف كثيرا منها تدخل تحت قاعدة "العادة محكمة" وهكذا.

وحاصل الرأي الذي أكاد أقول أجمع عليه العلماء أن القاعدة أعم من أن تكون كلية أو أغلبية و أن الإستثناءات التي توجد في القاعدة لا تخل بكليتها.و أن الخلاف الواقع في التعريفات شكلي أو اصطلاحي بالدرجة الأولى لأن من عرف القاعدة بأنها كلية إنما ذهب إلى ما بيناه سابقا و لم يكونوا ليغفلوا موضوع الاستثناءات في القاعدة. ومن عرفها بالأغلبية إنّما فضل التصريح والدقة.

وكما قال الندوي في هذا الشأن أنّه لا داعي إلى وضع قيود تفضي إلى تحجير الواسع وتضييق النطاق بحيث يصعب تطبيق ذلك على كثير من القواعد التي أدرجها الفقهاء في كتب القواعد،[3] وا أعلم.

---

[1] موسوعة القواعد الفقهية للبورنو 24/1.

[2] الأشباه و النظائر 84.

[3] القواعد والضوابط للندوي 108.

الفصل الثاني:
مقومات القاعدة الفقهية

و فيه ما يلي:

تمهيد:

المبحث الأول:أركان القاعدة الفقهية

المبحث الثاني: شروط القاعدة الفقهية

تمهيد:

للقاعدة الفقهية مقومات علمية أساسية تتكون منها حقيقتها وتكتسب منهـا ماهيتهـا، شأنها في ذلك شأن جميع العلوم. وقد تناول بعض الباحثين المعاصرين هذا الموضوع - على قلّة من بحث فيه - عند دراسة قواعد معينة كما فعل الدكتور هرموش مـثلا عند دراسة لقاعدة:" إعمال الكلام أولى من إهماله"[1]. فقد تعرض لذكر شروط القاعدة . وكذا " الزرقا" عندما تحدث عن شروط العرف والعادة[2]وغيرهم....

لكنني لم أجد - فيما أعلم - من تعرض لدراسة مقومات القاعدة الفقهية بشكل عـام أو بمفهومها التجريدي كقاعدة فقهية من حيث هي قاعدة بوجه عام إلاّ ما كتبه الدكتور الروكي في كتابه " التقعيد الفقهي" حيث بحث هذه المقومات على شكل عناصر أساسية أربعة هي: الاستيعاب والاطراد أو الأغلبية ،التجريد ،أحكام الصياغة.

لكن إذا نظرنا إلى ما كتبه نجده أقرب إلى خصائص القاعدة الفقهية منه إلى ما نريد بحثه هنا :مقومات؛ من تمييز لأركان وشروط القاعدة الفقهية بوجه عام.

([1])القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله 54 وما بعدها.

([2]) المدخل 879-880 وما بعدها.

وهو ما بحثه الدكتور الباحسين في كتابه ـ القواعد الفقهية ـ ومنه نقيد هذا المبحث، لأننا لم نجد غيره تعرض لهذه الجزئية في الدراسة النظريـة للقاعـدة الفقهيـة علـى كثرتهم.

المبحث الأول:

أركان القاعدة الفقهية

الركن:لغة:الركن لغة الجانب القوي من الشيء.اصطلاحا: " هو ما لا وجود للشيء إلاّ به وهو داخل في ماهيته ".[1]

و لما كانت القاعدة قضية كلية وفق ما توصلنا إليه في المبحث السابق فـلا بـد أن تكون أركانها أركان القضية، وقد بحث رجال القانون أركان القـضية، وأقـسامها ،و أجمعوا على أن أركان القضية ثلاث: موضوع ومحمول والرابطة، أي النسبة بينهما، لكن الظاهر من القضية أنها فقط الموضوع والمحمول، أما الرابطة فهي أمر ملاحـظ في الذهن.

([1]) التعريفات للجرجاني 99 .

جاء في ضوابط المعرفة:" فالقضية الحملية إذن مسند ومسند إليه بحسب اصطلاح النحاة ، أو محكوم به و محكوم عليه بحسب اصطلاح البلاغيين. أما في اصطلاح المناطقة فالمسند إليه هو "الموضوع" سواء كان مبتدأ أو فاعلا أو ما هو قائم مقام أحدهما، والمسند هو المحمول، سواء أكان خبرا أو فعلا أو ما هو قائم مقام أحدهما. وسبب هذه التسمية أن المناطقة يلاحظون أن المسند إليه يوضع أولا في التصور ثم يحمل عليه المسند، فسموا المسند إليه موضوعا والمسند محمولا وسموا القضية كلّها حملية نسبة إلى معنى الحمل الموجب أو السالب الذي يجري فيها.

أما النسبة بين الموضوع والمحمول فهي الرابطة الملاحظة في الذهن، أما في الكلام فيدل عليها دالّ ما، وهو إما أن يكون مجرد الاقتران اللّفظي كقولنا: " جاء موسى" وإما أن يستخدم للدلالة عليها ضمير الفصل، وهو رابط غير زماني كقولنا:" ا هو ربنا" أو فعل الكون وهو رابط زماني كقولنا:" إن ا كان عليما حكيما".[1]

وهو ما عبر عنه الباحسين بأن الرابطة أو علاقة الاتّصال أو الانفصال بين الموضوع والمحمول تفهم ضمنا في هذه اللغة ـ يقصد اللغة العربية ـ وفي غالب الأحوال لا نجد تصريحات بهذه الرابطة، وعلى هذا نجد أن ذكرها ركنا في القضية يعد نافلة من القول"[2].

وعليه فإن للقاعدة ركنين :

1- الركن الأول:وهو الموضوع أو المحكوم عليه: وهو الذي وضع ليحمل عليه الحكم أو ليحكم عليه كالمشقة في قاعدة :"المشقة تجلب التيسير"،والضرر في قاعدة:" الضرر يزال"،واليقين في قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

2- الركن الثاني : المحمول : أو المحكوم به، وهو ما حمل على الموضوع أو أخبر به عنه أو نسب، أو أسند إليه وبوساطته تثبت أو تنفي وصفا عن الموضوع.

ولابد أن يكون ذلك الوصف بيانا لحكم شرعي أو لماله صلة بالحكم الشرعي كإثبات التيسير للمشقة، والإزالة للضرر، ونفي إزالة الشك لليقين. وقد يقع المحمول اسما

---

(1) ضوابط المعرفة للميداني 82 ـ القواعد الفقهية 168.

2 نفس المرجع السابق .

كقولهم في قاعدة : " العادة محكّمة" و" الأمور بمقاصدها". وقد يقع فعلا كقولهم قاعـدة :" الضرر يزال"و" المشقة تجلب التيسير".[1]

بـيـان توضيحي

الموضوع	←ـ ـ الرابطة (النسبة بينهما) ـ ـ→	المحمول
المشقة		تجلب التيسير
العادة		محكّمة
الأمور		بمقاصدها

المبحث الثاني:
شروط القاعدة الفقهية

المطلب الأول: شروط أركان القاعدة الفقهية :

لابد لركني القاعدة الفقهية من شروط لتحققهـا :

أولا- شروط الموضوع :

1- التجريد:

([1]) القواعد الفقهية : 169 – 170.

التجريد في اللغة: التعرية يقال:" جرده من الثياب إذا عراه منها، وجريـد النخـل السعف يعرى عن الخرص".(1)

والمعنى الاصطلاحي لا يتباين مع المعنى اللّغوي فالتجريد في القاعدة أن تكـون مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها أي يكون الحكم الذي تقـوم علـى أساسه القاعدة موضوعيا جامعا مستوعبا، صالحا للانطباق على كل أو أغلب الجزئيات المعلولة بعلته.(2)

وتوضيحا لذلك فإن قاعدة:" الضرر يزال" لا تعني ضررا معينا في واقعة خاصة بل كل ضرر تنطبق عليه صفات الضرر الذي أمر الشارع بإزالته، كما أنّـه لا يتنـاول شخصا بعينه، بل إن إزالة الضرر ينبغي أن تشمل كل شخص مورس ضده.

2- العموم:

والمراد هو الشمول، يقال في اللغة: عم الشيء عموما شمل العامة كما يقال: عمهـم بالعطية شملهم بها أيضا.

والمقصود بالعموم في القاعدة: أن موضوع القضية لابد أن يتناول جميـع أفـراده الذين ينطبق عليه معناه. وهو ما عبر عنه الدكتور الروكي في ذكره لعناصر القاعـدة بعنصر الاستيعاب، إن كون القاعدة تشتمل على حكم جامع يندرج فيها بقوته وسـريانه كثير من الفروع، لذلك عبر بعضهم في تعريفه للقاعدة بقوله:" من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئياتها " ، كما سبق أن بيناه . وهذا أيضا ما يميز القاعدة عن غيرها في الاستيعاب والعموم من الكليات الأخرى من الضوابط والحدود.

وعموم القاعدة مترتب على تجريد موضوعها لذلك استغنى بعـض البـاحثين فـي القانون بصفة التجريد عن صفة العموم باعتبار أن القاعدة إن كان موضوعها مجـردا فهي عامة حتما.(3)

ومما ينبغي التنبيه إليه أن العموم والتجريد في القاعدة، إنّما هما وصفان لهـا فـي مرحلة سكونها قبل أن تتحرك لتنطبق على شخص معين وواقعة بعينها.[1]

---

(1) مختار الصحاح 114.

(2) التقعيد الفقهي 63.

(3) قواعد الفقه للباحسين 172-173 .

ثانيا- شروط المحمول:

1- أن يكون حكما شرعيا : وهذا الشرط نابع من طبيعة القاعدة، لأننا قلنا إنها قضية كلية شرعية عملية فلا بد أن يكون الحكم فيها شرعيا ويغلب في صيغ القواعـد أن تحدد محمولها الجواز أو عدمه دون تفصيل لنوع الحكم، تكليفيا كان أو وضعيا وقد يفهم من صيغتها الطلب بغير الأسلوب المعروف عند الأصوليين نحو:" المشقة تجلـب التيسير" و " الضرر يزال" و " العادة محكّمة"...و في كل ذلك يعتمد على القـرائن و الأمور الخارجية في تعيين نوع الحكم ، فـ" المشقة تجلب التيسير " تفيد التـرخيص ، لكن حكم التيسير والترخيص يختلف باختلاف نوع المشقة التي تستدعي ذلك، فقد يكون الأخذ بالتيسير واجبا وقد يندب وقد يباح وكل ذلك يفهم ـ في الغالب ـ مـن خـارج القاعدة لا من الصيغة نفسها.[2]

2- أن يكون حكما باتّا غير متردد فيه: ذلك أن التردد يجرد القاعدة من طبيعـة الحكم ويفقدها قوتها والامتثال لهذا الحكم.

و لا بد من الإشارة هنا إلى أن القواعد التي صاغها العلماء بصيغة الاستفهام كقولهم: الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟ والعبرة بالحال أو بالمآل؟... وغيرها.

فهذه القواعد وأمثالها تمثل ما اختلف فيه العلماء ولا يمكن أن تعد كل واحدة منهـا بصيغتها المذكورة قاعدة، بل هي قاعدتان تمثل كل واحدة منهما وجهة نظر.

فقاعدة الإقالة : هل هي فسخ أو بيع ؟ تمثل حكمين مختلفين أو وفق وجهتي نظر مختلفتين هما :

أ- كل إقالة بيع.

ب- كل إقالة فسخ.

و أرى ـ والله أعلم ـ أن نضيف شرطا ثالثا للحكم (المحمـول) ذكـره الـدكتور الروكي ضمن عناصر القاعدة، و أرى أنّه شرط أساسي للحكـم فـي القاعـدة وهـو الاطراد.

---

[1] نفس المرجع السابق.

([2]) القواعد الفقهية للباحسين 174 – 175.

3- الاطراد: و الاطراد لغة: هو التتابع والاستمرار. و اصطلاحا: هو ما يوجب الحكم لوجود العلّة وهو التلازم في الثبوت.[1]

وهذا المعنى أصل في القاعدة الفقهية إذ أن انطباق الحكم على كل جزئياتها مستمر ومتتابع كلما جد من الحوادث ما هو نظير جزئياتها إلاّ واندرج معها في حكمها. لكن -وكما أسلف أن بينّا- قد يتخاف بعض الجزئيات فينقل الحكم إلى الأغلبية بدل الاطراد. و الاطراد أو الأغلبية مرتبطان بشمول الموضوع و عمومه.[2]

المطلب الثاني: شروط تطبيق القاعدة:

1- **مراعاة الشروط الخاصة بكل قاعدة:** إضافة إلى الشروط العامة فإن لكل قاعدة شروط خاصة لتطبيقها يجب ملاحظتها حتى ندفع الطعن في كلية القاعدة الفقهية.

وعلى خلاف الشروط العامة المدروسة سابقا فإننا نجد كثيرا من العلماء والباحثين قد تعرضوا للشروط الخاصة ضمن الدراسات الخاصة لقواعد معينة وتوضيحا لذلك نقول.

أ- قاعدة "المشقة تجلب التيسير" مثلا، لا تطبق إلا بعد تحقق طائفة من الشروط:

1- أن تكون المشقة فيها حقيقية.
2- أن تزيد على المعتاد.
3- أن لا يؤدي بناء الحكم عليها، إلى تفويت ما هو أهم من ذلك.
4- أن لا يكون للشارع مقاصد من التكليف بهذه المشقة.

ب-قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" فإنها لا يعمل بها، ولا تطبق على جزئياتها إلا بشروط معينة منها:

1- أن تكون الضرورة محققة لا متوهمة.
2- أن تكون إزالة الضرورة متفقة مع مقاصد الشارع.
3- أن لا تؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها.

([1]) انظر التعريفات للجرجاني 141 .

([2]) انظر الروكي في التقعيد 62 -63

4- أن لا يترتب على إزالتها إلحاق ضرر بغيره.

5- أن تقدر الضرورة بقدرها.

ومثل ذلك يمكن أن يقال في سائر القواعد.

2-**أن لا يعارضها ما هو أقوى:** من نص أو إجماع أو أصل ثابت لكـون الحكـم المستفاد من القاعدة أضعف من الحكم الثابت بالنص والإجماع، وهذا إذا كانت القاعدة ثابتة بطريق الاستقراء لا مستفادة من نص شرعي لأننا ننتقـل حينئـذ إلـى حـالات الترجيح بين النصوص و التخصيص و التقييد و ما إلى ذلك.

مثال:عدم انطباق قاعدة" الأصل في الميتات التحريم" على السمك والجراد لمعارضته النّص الشرعي الذي أفاد حلّيتها وهو قوله صلى ا عليه وسلم:" أحلت لنـا ميتتـان و دمان: فأما الميتتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال".[1]

والحاصل: أننا إذا أعملنا الشروط الخاصة بتطبيق كل قاعدة من القواعد الفقهية فإننا نتخلّص من كثير من المستثنيات أو نضيق من دائرتها على أقل تقـدير؛ لأن أسـباب الاستثناء كما سنرى لاحقا تتلخص في كون القاعدة أضعف من السبب الذي من أجلـه استثني ذلك الفرع.

([1])انظر قواعد الباحسين ص 177 وما بعدها. و الحديث رواه الشافعي وأحمد(97/2) وابن ماجة(كتاب الأطعمة /باب الكبد و الطحال رقم3314 و مختصرا في الصيد رقم3218) والدارقطني والبيهقي(257/9) من رواية عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر.و انظر فيض القدير200/1.

الفصل الثالث :

الفرق بين القواعد الفقهية و الكليات الأخرى

و فيه ما يلي:

المبحث الأول:مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: الفرق بين القاعدة و الضابط

المبحث الثالث:الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية

المبحث الرابع:الفرق بين القواعد الفقهية و النظريات الفقهية

المبحث الأول :

مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي

تعريف الكلي: الكلّي - أو الكلّية - سمي بذلك نسبة إلى لفظة "كل" ، لأن القاعدة غالبا ما تتصدر بهذه اللفظة كقول المناطقة : " كل متغير حادث " و قول النحاة : " كلّ ما لا يعقل يذكّر و يؤنّث " ، و قول الأصوليين : " كلّ صيغة أمر عريت عن القرائن فهي للوجوب " ، و قول الفقهاء: " كل سلف جر نفعا فهو حرام " ، و هكذا...، و حتى إذا لم تتصدر القاعدة بلفظة "كل" فإن معناها يتضمنها.

و نشأ استعمال الكليات في سائر العلوم بالنظر إلى وضعها اللغوي في دلالتها على الشمول باعتبار كلمة "كل" صيغة من صيغ العموم ، فلا يرجع ذلك في الأصل إلى اصطلاح المناطقة ، و إن كان للذوق المنطقي لدى الفقهاء أثر في شيوع هذا التعبير، و الحق أنها صيغة عربية أصيلة جرت على ألسنة فصحاء العرب قبل أن يصل المنطق إلى المسلمين ، و لنا أمثلة كثيرة في جوامع كلم النبي صلى ا عليه و سلم منها: " كل راع مسؤول عن رعيته "[1]،" كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطل "[2]،" كل مسكر حرام "[3].

من العبارات الاصطلاحية التي دخلت مجال الفقه و أصوله عبارة " الكلية " التي يراد بها كون " المفهوم كليا حقيقيا كان أو إضافيا " ، و تكون لها جزئيات مندرجة تحتها "[(4)]. و من المألوف المعهود أن الكلام الذي استهل بكلمة "كل" في الفقه انسحب عليه مفهوم الكلية غالبا ، سواءً كان من قبيل القواعد أو الضوابط ، و يكون لكلمة

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عمر:كتاب النكاح ،باب المرأة راعية في بيت زوجها، رقم 5200.

[2] أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة :كتاب البيوع ،باب إذا اشترط في البيع شروطا لا تحل ،رقم 2167.

[3] أخرجه مسلم في صحيحه عن عائشة :كتاب الأشربة، رقم5213.

[4] انظر: كشاف اصطلاحات الفنون 1264/2.

الأصل عند فقهائنا الأوائل نفس المفهوم ، و أوضح مثال على ذلك ما أورده الإمام الكرخي في رسالته المسماة " أصول الإمام الكرخي " حيث صدر كل قاعدة منها بلفظ الأصل.

ثم تعاقب العلماء يستخدمونها عبر القرون و ربما جرت على ألسنتهم و أقلامهم عفوا أو قد يستعملونها لكل مفهوم كلي له جزئيات مندرجة تحته. فقد أطلق الشاطبي على المقاصد الشرعية الضرورية و الحاجية و التحسينية " كليات الشريعة " مؤكدا أن لهذه الكليات جزئيات لا تستغني عن الاندراج تحتها "[1]. و قد وصف ابن نجيم قواعده الفقهية التي أدرجها تحت الفن الأول بالكلية و أراد بها القواعد العامة الجامعة لفروع من أبواب شتى.[2]

و هكذا إذا وقفت على المدونة التي دونت فيها آراء الإمام مالك بن أنس و أصحابه وجدت نصوصا تشعر بأن ضبط المسائل بالكليات كان محل اعتبار و اعتناء عندهم جميعا. و كذا كتاب الأم للشافعي فإنه يحوي نصوصا في شتى أبواب الفقه يتحقق فيها مفهوم الكلية و غيرهما.

و كان من أثر ذلك أن تظافرت الكليات في كتب المتأخرين من فقهاء المذاهب ، بل أكثر من ذلك فقد اعتبر بعضهم الحكم الفقهي الفرعي – باعتبار تعدد جزئيات الواقع التي تنجم في واقع حياة الناس- يكون كلية و لاحظ صعوبة تطبيقه في علم القضاء.

قال أبو عبد ا محمد بن عبد السلام التونسي (ت749) : " علم القضاء و إن كان أحد أنواع علم الفقه ، لكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء و ربما كان بعض الناس عارفا بفضل القضاء و إن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه...و لا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه و إنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه و انطباقها على جزئيات الواقع بين الناس و هو عسير على كثير من الناس "[3].

---

(1) الموافقات 30/1.

(2) الأشباه و النظائر 166.

(3) مواهب الجليل 87/6.

و لا يخفى تطبيق الكليات الفقهية على جزئيات الواقع ضرب من الاجتهاد لا ينقطع مدى الزمن و الحاجة إليه أكيدة[1]. و هذا ما أكده الإمام الشاطبي في الموافقات في معرض حديثه عن تحقيق المناط.

و هكذا فإننا نجد أن كثيرا من فقهائنا كانوا يصوغون أحكاما فقهية في قالب الكلية بمفهومها المنطقي و قد وجدوا في صيغتها ما يساعد على التعبير عن مفهوم العموم المقصود.

على أن هذه الكلية الفقهية قد تسمو إلى مستوى القاعدة العامة و قد تكون مجرد ضابط لا يتجاوز بابا معينا من أبواب الفقه فتصبح أقرب إلى الحكم الفرعي.

و الحاصل:أن الكلية معنى يمثل روح القاعدة الفقهية و ركنها و ماهيتها و حقيقتها التي تقوم عليها، لكن من حيث مضمونها فهي تتفاوت بعضها مع بعض فنجدها أصنافا و مراتب،فمنها ما يشمل معظم الفروع الفقهية و في جميع الأبواب مثل قاعدة:" الأمور بمقاصدها " و " الضرر يزال "... و منها أقل شمولا : " العبرة في العقود بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ و المباني ". و منها ما يختص بباب واحد كقولنا : " كل كفارة سببها معصية فهي على الفور ".لذلك فإننا نجد خلطا اصطلاحيا واضحا عند الفقهاء بين هذه المفاهيم الكلية. نحاول في المباحث الآتية إلقاء الضوء على القاعدة الفقهية التي هي موضوع بحثنا و غيرها من الكليات و ا الموفق.

([1]) انظر: كليات المقري ، مقدمة المحقق37- 38 .

المبحث الثاني:

الفرق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي

المطلب الأول : بيان معنى الضابط :

لغة : يجمع على ضوابط ، و هو في اللغة مأخوذ من الضبط الذي هو لزوم الشيء و حبسه ، و قال الليث : الضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء و ضبط الشيء حفظه بالحزم.

و الرجل ضابط : أي حازم ، و الضبط : إحكام الشيء و إتقانه ، و ضبط الكتاب أصلح خلله.[1]

و للضبط معان لا تعدو في أغلبها معنى الحصر و الحبس و القوة.

([1]) انظر مادة (ض ب ط) في: لسان العرب،المعجم الوسيط . و انظر:قواعد المقرى (212/1) بتحقيق د. أحمد بن عبد ا بن حميد.

اصطلاحا: لم يفرق معظم الفقهاء في تعريفاتهم بين القاعدة و الضابط فقد جمعوا الكل تحت مفهوم القضية الكلية كما سبق أن ذكرنا ، بل قد يدخل ضمن هذا التعريف جملة من الكليات الأخرى ، فقد استعمله العلماء بمفهوم الحد أو المقياس كقول ابن السبكي:

" ضابط العصبة كل ذكر ليس بينه و بين الميت أنثى "[1].

و قول القرافي في إطلاق الضابط بمعنى المقياس:

" ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف هو كذا..."[2].

لكن أشار بعضهم إلى هذا الفرق كما رأينا في تعريف أبي عبد ا المقري للقاعدة فقد قال:

"القاعدة الفقهية أعم من العقود و جملة الضوابط الفقهية الخاصة"[3]، فقد جعل الضوابط أضيق دائرة من القواعد.

و لعل خير من ميز هذا الفرق بوضوح تاج الدين السبكي فعرف الضابط : " إن نص على أن الغالب فيما اختص بباب و قصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا".[4]

و قد أقر هذا التعريف بل هذا الفرق كل من "جلال الدين السيوطي" و "ابن نجيم" في أشباههما ، فقال السيوطي في كتابه:

"إن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى و الضابط يجمع فروعا من باب واحد".[5]

و تبعه على ذلك ابن نجيم في كتابه الأشباه و النظائر، فقال في مقدمة الفن الثاني:

"و الفرق بين الضابط و القاعدة، أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى و الضابط يجمعها من باب واحد ، هذا هو الأصل".

إذن فما ضم صورا متشابهة و اختص بباب واحد فهو الضابط.

المطلب الثاني : الفرق بين الضابط و القاعدة:

---

(1) الأشباه 304/2 . قواعد الباحسين 63.

(2) الفروق 118/1. قواعد الباحسين 63.

(3) قواعد المقري 212/1.

(4) الأشباه و النظائر في النحو (7/1).

(5) الأشباه و النظائر ص195.

1- يقع كل من القواعد الضوابط ضمن مفهوم الكليات و يستعمل في كليهما عبارة "كل"، فإنها تصاغ غالبا في الفقه الإسلامي على مفهوم الكلية سواء كان من قبيل القواعد أم الضوابط لدلالتها على العموم و الشمول.

2- إن المصطلحات العلمية لا تستقر على نمط معين إلا بكثرة استعمالها في المواضع المختلفة و ترددها على الألسنة و هي تنتقل من طور إلى طور وتتغير مع تعاقب العصور فقد يكون الاصطلاح عاما في فترة من الفترات فيتطور إلى أخص مما كان عليه أولا.[1]

و إطلاق الضابط على القاعدة أمر شائع في كتب الفقه[*].

3- يبدو من خلال التعريفات المذكورة أن الفرق البين بين القواعد و الضوابط هو ما ذكر ابن السبكي و تبعه عليه غيره من العلماء من أن الضابط أقل شمولا من القاعدة إذ هو ما اختص بباب واحد و قصد به نظم صور متشابهة في حين أن القاعدة تشمل فروعا من أبواب شتى.

4- بناء على الفرق السابق فإننا نجد الشذوذ في القواعد أكثر من الضوابط إذ تقل فيه المستثنيات لأنها تضبط موضوعا واحدا[2].

5- اعتبر الدكتور الروكي الضابط مرتبة من مراتب القاعدة فقال:

"للخروج من هذا الإشكال و الحيرة في التفريق أو عدم التفريق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي يجرنا الحديث عن أنواع القاعدة الفقهية، و هل فعلا للقاعدة أنواع منضبطة و محددة أم لا؟ فالناظر في هذه الثروة الضخمة من القواعد الفقهية يجد أنها أنواع كثيرة جدا من حيث مضمونها و تفاوت بعضها مع بعض من حيث الشمول... و من حيث صلة بعضها ببعض إذ نجد أن منها القواعد الأساسية التي هي أصل لغيرها و لا تتفرع هي عن غيرها مثل قاعدة "لا ضرر و لا ضرار"، مع "الضرر يزال" و "الضرر لا يزال بالضرر".

([1]) قواعد الندوي:51.

(*) انظر قواعد بن رجب و قواعد المقري و الاستغناء للبكري.

([2]) المصدر السابق.

و انطلاقا من ذلك يتضح لنا أنه: من الصعب حصر القاعدة الفقهية في أنواع و أصناف محددة، لا من حيث طبيعتها و لا من حيث مراتبها، لذلك اكتفى الفقهاء بتسميتها: قواعد فقهية كلية، دون وضع أنواع لها لعسر ذلك و صعوبته.
ثم خاص إلى أنه لا داعي للتفريق بين القاعدة و الضابط ما دام يمثل مرتبة من مراتب القاعدة".[1]

و في اعتقادي أن هذا تخريج جيد و لا يتنافى مع ما أوضحناه من فرق أقره العلماء من أن الكل يصنف ضمن مفهوم الكلية و التفاوت إنما هو واقع في مقدار الشمولية في كل منهما كما سبق أن ذكرنا في تعريف ابن السبكي.

و للتوضيح إليك هذين المثالين، يبين كل منهما أن الضابط مرتبة من مراتب القاعدة:

فقولنا مثلا:

_ "كل حال قدر المصلي فيها على تأدية فرض الصلاة كما فرض ا تعالى عليه: صلاها و صلى ما لا يقدر عليه كما يطيق". فهذا الضابط يدخل ضمن القاعدة العامة: "الميسور لا يسقط بالمعسور".

_ "و كل ثوب جهل من ينسجه، أنسجه مسلم أو مشرك أو وثني أو مجوسي أو كتابي، أو لبسه واحد من هؤلاء أو صبي، فهو على الطهارة حتى يعلم أن فيه نجاسة"[2]. فهو ضابط ضمن القاعدة العامة: "اليقين لا يزول بالشك".

([1]) قواعد الفقه الإسلامي للروكي 112-113

([2]) المثال من الفقه الشافعي (الأم 55/1).

المبحث الثالث:

الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية

المبحث الثالث:

الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية

يتبادر للذهن لأول وهلة عند سماع المصطلحين: قواعد فقهية أو قواعد أصول الفقه أنه لا فرق بينهما لأن كل منهما غاية لمعرفة الأحكام الشرعية لأفعال العباد ، إلا أنه في الحقيقة توجد فوارق جوهرية لا بد من إيضاحها حتى تخلص ذهن الناظر في بحوث القواعد الفقهية من شوائب تداخلها و تميزها عما عداها من الكليات الأخرى (خاصة القواعد الأصولية).

و من أجل هذا الغرض نجد القرافي – رحمه ا - في مقدمة فروقه أول ما أراد التعرض للقاعدة الفقهية باشر التفريق بينها و بين القاعدة الأصولية فقال: "إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول و فروع و أن أصولها قسمان:

القسم الأول: المسمى بأصول الفقه و هو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة ، و ما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ و الترجيح و نحو الأمر للوجوب و النهي للتحريم ، و الصيغة الخاصة للعموم و نحو ذلك ، و ما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة و خبر الواحد و صفات المجتهدين.

القسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة القدر كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع و حكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى و لم يذكر فيها شيء في أصول الفقه"[1].

و أول فرق يظهر لنا من خلال كلام القرافي رحمه ا :

1- أن القواعد الأصولية ناشئة عن الألفاظ العربية و ما يعرض لها أي أن الأصولي إذا أراد أن يثبت حكما شرعيا فإنه ينظر في لفظ النص الذي يريد إثبات الحكم به.

فإذا نظر إلى قوله تعالى: "أقيموا الصلاة"، فإنه يجده من قبيل الأمر المجرد عن القرينة ثم يستحضر ما تقرر عنده من قواعد أصولية في الأمر المجرد فيجده يفيد الوجوب.

فيقول "أقيموا الصلاة"، أمر مجرد، و الأمر المجرد عن القرينة يفيد الوجوب فينتج عنده: "الصلاة واجبة"، فهو قصر نظره عن اللفظ دون المعنى.

في حين أن الفقيه إنما ينظر في قواعد الفقه من حيث المعنى ، فلو أراد أن يثبت حكم حادثة ما ، كأن يريد بيان حكم رجل توضأ ثم شك في انتقاض وضوئه فإنه ينظر فيه من حيث المعنى ، فيقول : وضوء متيقن طرأ عليه الشك.

([1]) الفروق (352/1)

و القاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، فالوضوء باق لم يزل إذا فهو ينظر إلى معنى القاعدة دون لفظها[1].

الفرق الثاني الذي لمح إليه القرافي: أن القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع و لا حكمته، يقول الطاهر بن عاشور في هذا المعنى: "إن معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة و مقاصدها و لكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من الألفاظ بواسطة قواعد يتمكن العارف بها من انتزاع الفروع منها".[2]

في حين أن القواعد الفقهية، في اندراج مجموعة من الجزئيات تحت حكم واحد تمهيد للوصول إلى أسرار الأحكام و حكمها أي بناء على المفهوم الرابط بين هذه الجزئيات.

2- ذكر كثير من العلماء و الباحثين أن القاعدة الأصولية يستخرج منها حكم الجزئيات بالواسطة و ليس مباشرة بخلاف القاعدة الفقهية التي يستخرج منها حكم الجزئيات مباشرة، فالقاعدة الأصولية: "الأمر للوجوب" تفيد "وجوب الصلاة" و لكن بواسطة الدليل و هو قوله تعالى: "و أقيموا الصلاة".

في حين القاعدة الفقهية: "الأمور بمقاصدها" تفيد وجوب النية في الصلاة مباشرة من دون واسطة"[3].

3- علم أصول الفقه علم يبحث فيه إثبات أدلة الأحكام فقواعد هذا الفن وسط بين الأدلة و الأحكام، فهي يستنبط بها الحكم من الدليل، فموضوعها هو الأدلة و الأحكام، أما القاعدة الفقهية فموضوعها دائما هو فعل المكلف.

و اعتبر "ابن تيمية" في هذا الباب: أن الفرق بين القواعد الأصولية و القواعد الفقهية أن أصول الفقه هي الأدلة العامة خلافا لقواعد الفقه فإنها عبارة عن الأحكام العامة، فالفرق هنا، كالفرق بين الفقه و الأصول ، فالأصول أصل و الفقه فرع ، و إنما جاءت القواعد على هيئة قضايا كلية لا أحكام جزئية.

---

(1) الاعتناء في الفرق و الاستثناءللبكري- مقدمة المحقق.

(2) محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة 6.

(3) القواعد للمقري مقدمة المحقق (107-108).

4- و عليه فإن القاعدة الفقهية ليست أصلا في إثبات حكم جزئياتها بل حكم القاعدة نفسها مستمد من تتبع حكم جزئياتها فهي جمع لأشتاتها و ربطها تحت ضابط ذلك الحكم و عليه فإنها متأخرة في وجودها الذهني و الواقعي عن الفروع.

أما القواعد الأصولية فهي أصل في إثبات الأحكام لأنها القيود التي أخذ بها الفقيه نفسه عند استنباط الأحكام و الفرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع، لذلك اعتبر الشيخ أبو زهرة: أن القواعد الفقهية هي ضابط للثمرة المتحققة من أصول الفقه.

قال – رحمه ا - : "أصول الفقه هي مصادر الاستنباط فيه، و طرائق الاستنباط و قوة الأدلة الفقهية و مراتبها، و كيف يكون الترجيح بينها عند تعارضها، أما القواعد الفقهية فهي ضوابط كلية توضح المنهاج الذي انتهى إليه الاجتهاد في ذلك المذهب، و الروابط التي تربط بين مسائله الجزئية[1].

أشار الندوي في ختام بحثه لهذه الفروق، أن هناك بعض القواعد تتراوح بين القواعد الأصولية و القواعد الفقهية، كالعرف و سد الذرائع فإذا نظر إليهما باعتبارهما فعلا للمكلف اعتبرا قواعد فقهية.

فقاعدة: كل مباح أدى فعله إلى حرام فهو حرام سدا للذريعة، كانت فقهية. و إذا قيل: الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه كانت القاعدة أصولية.

و العرف: إذا فسر بالإجماع العملي كانت قاعدة أصولية، و إذا فسر بالقول الذي غلب في معنى معين، أو الفعل الذي غلب الإتيان به كانت قاعدة فقهية[2].

(1) محمد أبو زهرة "مالك" ص 226-227.

(2) الندوي القواعد (70-71).

المبحث الرابع :
الفرق بين القواعد الفقهية و النظريات الفقهية

إن كلمة "نظرية" بالمعنى المراد لها عند من يطلقونها هي كلمة مستحدثة منقولة عن مصطلحات القانونيين الوضعيين الغربيين و لم تطلق عند العلماء المسلمين على هذا المعنى الحادث، إنما استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي و دراسة القانون الوضعي، خلال احتكاكهم و موازنتهم بين الفقه و القانون، و بوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد ثم افردوا له مؤلفات.

من أجل ذلك اختلط الأمر حتى على بعض الباحثين المعاصرين فمنهم من رادف بين النظرية الفقهية و القاعدة الفقهية، أمثال الشيخ محمد أبو زهرة حيث سوى بين القاعدة و النظرية الفقهية فقال في كتابه أصول الفقه: "و إنه يجب التفريق بين علم أصول الفقه و بين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية و هي التي في مضمونها يصح أن يطلق عليها: "النظريات العامة للفقه الإسلامي"[(1)].

مثله الشيخ أحمد أبو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لقواعد الونشريسي حيث قال: "النوع العام و هي تلك القواعد الجامعة لأحكام عدة من أبواب مختلفة –غالبا- يصح في مضمونها أن يطلق عليها بلغة العصر –النظريات العامة للفقه الإسلامي، لاستيعابها أحكاما لا تحصى في أقصر عبارة و أوسع دلالة"[(2)]. و غيرهما كثير.

و هذه خصائص القاعدة الفقهية كما هو واضح، ثم أن قوله بلغة العصر دليل على أن المصطلح حادث و لم يكن مستوعبا جيدا من قبل العلماء لأنه دخيل على الفقه الإسلامي، فظن البعض أن المسألة اصطلاحية لا غير، و رفضه البعض الآخر، فهذا الدكتور محمد البورنو يقرر في موسوعته لقواعد الفقه الإسلامي قائلا: "إن علماءنا السابقين رحمهم ا تعالى عندما قعدوا هذه القواعد و أصلوا هذه الأصول أرادوا أن تكون أسسا و أصولا تنبني عليها أحكام ثابتة لمسائل واضحة و لذلك أعطوها اسما هو

([1]) أصول الفقه ص8.

([2]) مقدمة إيضاح المسالك للشيخ احمد أبو طاهر الخطابي ص111.

الأصول و آخر هو القواعد، دلالة رسوخها في معانيها، و دلالتها كرسوخ أسس البناء و ثباتها، أما النظرية فهي مشتقة من النظر الذي يراد به هنا البحث العقلي و هو ما يتوقف حصوله على نظر و اكتساب كتصور النفس و العقل، و قد يكون ما يتوصل إليه عن طريقه حقا و صدقا، و قد يكون باطلا و كذبا، ثم يضرب أمثلة فيقول: نحن معشر المسلمين ما عرفنا الملكية أو العرف.. عن طريق النظر و البحث العقليين، إنما عرفناهما عن طريق الشرع، ليس العرف دليلا شرعيا تبعيا عند أكثر الأصوليين و الفقهاء و ثبت اعتباره حجة في كثير من الأحكام بأدلة شرعية كثيرة من الكتاب و السنة.

فلم لا يقال "دليل العرف" و لم يقال نظرية العرف؟ و العرف لم يعرف اعتباره إلا عن طريق الشرع، و كذلك حق العقد و التعاقد لا نظرية العقد، و مثل ذلك واجب الالتزام لا نظرية الالتزام.

ثم يقرر أن النزاع ليس في الاصطلاح إنما كونها مصطلحات مستوردة ليست نابعة من صلب فقهنا، ثم إنها ما دامت كذلك لن تدل على حقيقة المصطلح الفقهي الذي وضعت للدلالة عليه.[1]

و للمحافظة على روح القاعدة الفقهية و ماهيتها و معناها العلمي الذي تقدم، لا بد من التفريق بينها و بين النظرية الفقهية، و حتى يظهر هذا التمايز لا بد من تعريف النظرية ثم بحث الفروق بينهما.

المطلب الأول:تعريف النظرية الفقهية:

النظرية مشتقة من النظر و هو في اللغة تأمل الشيء بالعين، و النظري: هو الذي يتوقف حصوله على نظر و كسب كتصور النفس و العقل و التصديق بأن العالم حادث.

و نظرية تجمع على نظريات: و هي عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية"، و قالوا: "النظرية هي جملة تصورات مؤلفة تأليفا عقليا تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات"[(1)]، و عرفها العلماء بتعاريف متقاربة.

---

[1] انظر : الموسوعة الفقهية 99/1.

نذكر ما عرفها به الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه "الفقه الإسلامي و أدلته" حيث قال: "النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق و نظرية الملكية.."[2]

و قريب منه تعريف الأستاذ الزرقا في المدخل ، شارحا النظرية بتلك الدساتير و المفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا مبنيا في الفقه الإسلامي لإثبات الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني و تحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام و ذلك كفكرة الملكة و أسبابها و فكرة العقد و قواعده و نتائجه"... إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله و يصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل و الحوادث الفقهية".[3]

المطلب الثاني:الفرق بين القاعدة الفقهية و النظرية الفقهية و بيان التداخل بينهما:

إذا فالنظرية غير القاعدة: الفرق الأساسي: أن القاعدة الفقهية تتضمن معنى التأصيل، فهو حكم فقهي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع تحتها. فقاعدة:" اليقين لا يزول بالشك" تتضمن حكما فقهيا في كل مسألة اجتمع فيها يقين و شك، و هذا بخلاف النظرية الفقهية فهي تتكون بواسطة تجريد أبواب الفقه و فصوله و موضوعاته، ثم تصنف ذلك كله تصنيفا تنتظم به كل مجموعة من القضايا المتجانسة و المتشابكة في إطار كبير واحد يجمعها، فالنظريات العامة-إذا- هي بمثابة الوحدات الكبرى أو المحاور الأساسية التي تدور في فلكها أحكام فقهية كثيرة و متشابكة[4].

فنظرية العقد مثلا تتناول تعريف العقد و بيان الفرق بينه و بين التصرف و الإلزام، وبيان أركانه و شروطه و صيغته، و أهلية العاقدين و محل العقد و عيوبه و آثاره على العقد...الخ. إذا فالقاعدة حكم شرعي و النظرية دراسة و بحث و تجميع.

([1]) انظر الصحاح في اللغة- إعداد و تصنيف نديم و أسامه مرعشلى (580/2-583) عن قواعد الندوى ص62.

([2]) الفقه الاسلامي و ادلته (7/4).

([3]) المدخل الفقهي (35/1).

([4]) انظر قواعد الندوى 64 و قواعد الروكي 115-116.

بين القواعد و النظريات تداخل:

فمن ناحية ، النظريات أوسع نطاقا من القواعد ، و من الممكن أن تدخل القواعد في إطار النظريات و تخدمها فقد يكون بعض القواعد ضوابط خاصة يتضمن ناحية معينة من النظرية، فقاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد و المعاني" مثلا ليست سوى ضابط من ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، و إذا رجعنا إلى ما كتبه فقهاؤنا في القواعد و الكليات فإننا نقف على جملة من القواعد التي ترسم أحكاما كلية لدائرة العقد و منظومته مثل: الشرط الباطل لا يؤثر في العقد، الإكراه يبطل العقد، العقد على الأعيان بالعقد على منافعها، الجهالة تبطل العقد، كل ما كان لأحد المتعاقدين فسخه بوجه كان للآخر فسخه بمثله، كل عقد فاسد مردود إلى صحته .... و غيرها.

و قد تكون القاعدة أعم من النظرية من جهة أخرى لأن القاعدة لا تتقيد بموضوع و لا باب معين، في حين أن النظرية حين يكون موضوعها العقد أو الملكية مثلا لا يدخل فيها ما يتعلق بالعبادات أو غير ذلك مما لا صلة له بالنظرية[1].

و عليه فإن القاعدة الفقهية أدق و أخص مدلولا من النظرية الفقهية، في حين أن النظرية أوسع نطاقا حيث تمثل وحدة موضوعية كبرى في دراسة الفقه الإسلامي، و هذا لا ينقص من قدر القاعدة و مكانتها، لكن إذا كان دراسة الفقه على شكل نظريات حديثة من شأنه أن يسهل دراسة الفقه بتجميع شتات محاور الموضوع الواحد، فهذا ليس بدعا في الدين إنما هي من باب "الحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها فهو أحق بها".

و إذا كان المصطلح مستوردا فإن المادة مبثوثة في مصنفات فقهائنا العظام في شكل جزئيات و كليات و ما على الفقهاء المعاصرين إلا إعادة صياغتها بالشكل الذي يخدم الفقه الإسلامي و من خلاله الأمة. و ا أعلم

([1]) انظر قواعد الباحسين ص150.

الفصل الرابع:
مصادر القاعدة الفقهية

و فيه ما يلي:

تمهيد:

المبحث الأول:نصوص الشرع

المبحث الثاني :نصوص العلماء و الأقوال المخرجة لهم

المبحث الثالث:القواعد المخرجة من تراث الأئمة

تمهيد:

أعني بمصادر القواعد الفقهية ، منشأ كل قاعدة منها و أساس ورودها .

فالقاعدة الفقهية وإن تميزت بالكلية "أو الأغلبية" فهي في النهاية حكم شرعي ، و لا بد للحكم الشرعي من أصول و مصادر شرعية يستند إليها ، و تستمد منه قوتها و دليلها.

و مصادر القاعدة الفقهية مرتبطة تمام الارتباط بمصادر الأحكام الشرعية ، غير أن هذه أحكام جزئية ، و تلك أحكام كلية.

و إذا تأملنا ما صاغه الفقهاء قديما و حديثا من قواعد فقهية وجدناها خاضعة لمصادر الشرع و أدلته النقلية و العقلية.

و نستطيع أن نقسمها إلى ثلاثة أقسام رئيسية نتناول كل قسم منها في مبحث كما سيأتي.

المبحث الأول :

نصوص الشرع

و هو القسم الأول ، و المراد بالنص عند الفقهاء هو القرآن و السنة و قد وردت على لسانه الشريف أحاديث كثيرة و هو من أوتي جوامع الكلم صلى ا عليه و سلم جرت مجرى القواعد عند العلماء.

يقول ابن القيم في هذا : "إذا كان أرباب المذاهب يضبطون مذاهبهم و يحصرونها بجوامع تحيط بما يحل و يحرم عندهم مع قصور بيانهم ، فا و رسوله المبعوث بجوامع الكلم[1] أقدر على ذلك ، فإنه صلى ا عليه و سلم يأتي بالكلمة الجامعة و هي قاعدة عامة وقضية كلية تجمع أنواعا و أفرادا . و هذا كما سئل – صلى ا عليه و سلم - عن الأشربة كالبتع والمزر(*)، فقال : "كل مسكر حرام"(2) ... و قوله صلى ا عليه و سلم: "كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطل"(3)... إلى أن يقول: "و سمى النبي صلى ا عليه و سلم هذه الآية جامعة فاذّة: (4)"فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره و من يعمل مثقال ذرة شرا يره".(5)

و القواعد التي مصدرها النصوص الشرعية على ضربين:

1- أن يرد النص القرآني أو الحديث بصياغة موجزة جامعة فتكون قواعد جاهزة ناطقة بشرعيتها لأنها نص شرعي.

2- قواعد استخرجها الفقهاء عن طريق الاجتهاد في النصوص الشرعية استنباطا و استقراء لها ، ثم صاغوها بتعبيرهم و أسلوبهم وفق ضوابط التقعيد و عناصره.

---

[1] إشارة لقوله صلى ا عليه و سلم فيما أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة:"بعثت بجوامع الكلم،و نصرت بالرعب..."الحديث:كتاب الاعتصام بالحديث و السنة ،رقم7273.

(*) البتع و المزر: البتع بسكون التاء: نبيذ العسل و هو خمر أهل اليمن، و المزر بالكسر: نبيذ يتخذ من الذرة: و قيل من الشعير أو الحنطة .[ابن الأثير: النهاية: 94/1- 324/4.]

[2] أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الأشربة ،باب: بيان أن كل مسكر حرام عن عائشة بلفظ"كل شراب مسكر حرام" رقم5213.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل رقم 2167، و مالك في الموطأ كتاب العتاق و الولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق 142/2، موطأ مالك مع تنوير الحوالك.

(4) الآية من سورة الزلزلة- الآية 8.

(5) ابن القيم: إعلام الموقعين :1 /333 – 335.بتصرف يسير.

المطلب الأول : النصوص التي هي قواعد فقهية مباشرة(أو القاعدة الفقهية نصا شرعيا):

و ترد في غالب الأحيان بالصيغة نفسها أو بتغيير بسيط أحيانا أخرى . و أذكر هنا بعض القواعد كنماذج لذلك ،و لا أريد بذلك الحصر:

1- قاعدة الخراج بالضمان(1):هذه القاعدة هي نص حديث نبوي جاء في بعض طرقه عن عائشة – رضي الله عنها - : " أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد فيه عيبا فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه و سلم ، فرده عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال : " الخراج بالضمان " . و القاعدة اعتمدها الفقهاء بنصها و ساقتها مجلة الأحكام العدلية ضمن قواعدها (المادة 85).

و الخراج: معناه الغلة و المنفعة و معنى الحديث : إن المنتفع بالخراج إنما حل له ذلك بكون الأصل مضمونا من ماله إن هلك.

2- "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر":

القاعدة المذكورة نص حديث النبي صلى الله عليه و سلم و قد ورد بروايات متعددة جاء في بعض طرقه عن ابن عباس رضي الله عنه رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجل أموال قوم و دماءهم، لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر".(2) و هي نص المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية.

و في هذا الحديث قاعدة محكمة هامة في باب القضاء، بل هي ركن في فض النزاعات و الخصومات و رد الحقوق لأربابها.

3- "ليس لعرق ظالم حق":

([1]) الحديث أخرجه الترمذي في سننه:كتاب البيوع رقم1285و قال حديث حسن صحيح،و ابن ماجه في سننه: كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمان رقم 2243، كما أخرجه أبو داود(و غيره) في سننه عن عائشة:باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا رقم3508 .و انظر: الأشباه و النظائر للسيوطي 150.

[2] أخرجه مسلم في صحيحه:كتاب الأقضية،باب اليمين على المدعى عليه رقم4470. و أخرجه الترمذي في سننه: كتاب الأحكام،باب ما جاء في أن البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه ،رقم1341 . و أخرجه البيهقي في سننه و الدار قطني بطرق أخرى.

هذه القاعدة جزء من حديث صحيح عن رسول ا صلى ا عليه و سلم قال فيه:" من أحيا أرضا مواتا من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له، و ليس لعرق ظالم حق".[1]

لم تأت هذه القاعدة ضمن مواد المجلة و إنما وردت كقاعدة في كتب المعاصرين، وربما كان الأستاذ مصطفى الزرقا أول من ذكر هذا الحديث على أنه قاعدة و قد جعلها من جملة القواعد التي أضافها إلى قواعد المجلة.[2]

و المراد بالعرق: كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق، قال ابن الأثير: "هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا غصبا ليستوجب به الأرض.[3]

قال الأستاذ الزرقا: "هذا الحديث أساس في أن العدوان لا يكسب المعتدي حقا. فمن غصب أرضا فزرع فيها، أو غرس أو بنى لا يستحق تملكها بالقيمة أو البقاء فيها بأجر المثل ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات'[4].

و هناك نصوص لأحاديث كثيرة اتخذت قواعد بصيغتها:

4- لا ضرر و لا ضرار.

5- الزعيم غارم.

6- كل معروف صدقة.

7- الحدود تدرؤ بالشبهات.

8- العجماء جرحها جبار.

9- المسلمون عند شروطهم.

10- كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطل..... و غيرها كثير.

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا في الحرث باب من أحيا أرضا مواتا،تحت رقم2334[انظر فتح الباري 19/5] . و رواه أحمد في مسنده، و أبو داود في سننه : باب إحياء الموات من كتاب الخراج و الإمارة و الفيء، و الترمذي في سننه: باب إحياء الموات في أبواب الأحكام، و صححه السيوطي في الجامع الصغير، و رواه مالك في الأقضية مرسلا في الموطأ.

([2]) انظر قواعد الباحسين ص199.

([3]) نهاية ابن الاثير 86/3.

([4]) المدخل الفقهي 2 / 1082.

و من الملاحظ أن بعضها قواعد عامة تشمل أبوابا فقهية عدة و بعضها خاص بباب معين من الفقه، يقول صلى ا عليه و سلم: "لا طلاق في إغلاق"، و "العجماء جرحها جبار".......الخ.[1]

و قد يدخل فيما اصطلح عليه بمفهوم الضوابط كما بينا سابقا.

المطلب الثاني : النصوص الدالة على القواعد بطريق الاجتهاد:

و له طريقان:
- الاستنباط عن طريق تعليل النصوص.
- الاستنباط عن طريق استقراء النصوص.

و النصوص في هذا الباب كثيرة لا مجال للقول باستيعابها و الإحاطة بها كلها من قبل العلماء قديما و حديثا.

نذكر بعضها هنا للتمثيل و التوضيح:

أ- القواعد المأخوذة من النصوص التشريعية المعللة:

1- الأمور بمقاصدها:

هذه القاعدة من أهم القواعد و أشهرها و أعمقها جذورا في الفقه الإسلامي حتى قال ابن رجب – رحمه ا - : "هاتان كلمتان جامعتان و قاعدتان كليتان لا يخرج عنهما شيء"[(2)].

و قد نالت قسطا عظيما من جهد العلماء و اهتمامهم من شرح و تفريع...لأن النية هي مدار الأحكام الشرعية، و إن أعمال الإنسان و تصرفاته تختلف أحكامها من الصحة و البطلان و نتائجها من ثواب و عقاب باختلاف مقصود الإنسان من تلك التصرفات و الأعمال.

و نجد في كتاب ا و السنة المطهرة من الآيات و الأحاديث ما لا يحصى و التي تشهد لهذه القاعدة.

---

[1] سيأتي تخريجها في مواضعها.

[2] جامع العلوم و الحكم ص 11.

و الأصل في هذه القاعدة قوله - صلى ا عليه و سلم-: "إنما الأعمال بالنيات، و إنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى ا و رسوله فهجرته إلى ا و رسوله و من كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"[1].

و يشهد لهذا المعنى آيات كثيرة في كتاب ا منها قوله تعالى: "من يخرج من بيته مهاجرا إلى ا و رسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على ا ".النساء 100

و قوله تعالى في الأيمان: "لا يؤاخذكم ا باللغو في أيمانكم و لكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم"البقرة 225.

و قوله تعالى: "و ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به و لكن ما تعمدت قلوبكم" .الأحزاب5

و قوله تعالى : "و بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا".. البقرة 226، أي لمن قصد الصلاح دون الضرر.

و قوله صلى ا عليه و سلم للسائل حين سأله: "ما القتال في سبيل ا فإن أحدنا يقاتل غضبا و يقاتل حمية؟! قال عليه الصلاة و السلام: "من قاتل لتكون كلمة ا هي العليا فهو في سبيل ا ".[2]

و في الباب أحاديث كثيرة، و القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة أمثال :"العبرة في العقود بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ و المباني". و قاعدة: "لا ثواب إلا بنية"، وثيقة الصلة بهذه النصوص و أمثالها.

2- الميسور لا يسقط بالمعسور:

قال ابن السبكي رحمه ا : "هي من أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى ا عليه وسلم: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم".[1] و هو تفسير لقوله تعالى: "فاتقوا ا ما استطعتم"التغابن16و قوله تعالى: "لا يكلف ا نفسا إلا وسعها"البقرة286.

([1]) حديث "الأعمال بالنيات" متفق عليه : البخاري في مطلع صحيحه(باب ما جاء أن الأعمال بالنية الحسنة رقم54) و مواضع أخرى. و مسلم رقم4927. و أخرجه أيضا الترمذي (فيمن يقاتل رياء) رقم 1647 .والنسائي58/1-60 .و ابن ماجه رقم 4227. وقد أشار القسطلاني إلى تعدد طرقه ثم قال :"و قد اتفق على أنه لا يصح مسندا إلا من رواية عمر". إرشاد الساري شرح صحيح البخاري75/1-76.

([2]) صحيح البخاري:باب من قاتل لتكون كلمة ا هي العليا(رقم2710) و باب من سأل و هو قائم عالما جالسا. و رواه الستة و غيرهم عن أبي موسى.

و القاعدة تدل على أن المكلف إذا أمر بفعل شيء فقدر على فعل بعضه دون بعض فإن عليه الإتيان بما قدر عليه و لا يسقط المقدور عليه بما عجز عنه.

و ينبني على هذه القاعدة فروه كثيرة.

3- اليقين لا يزول بالشك:

دليل هذه القاعدة و الأصل فيها قوله صلى ا عليه و سلم: "أنه شُكي إلى النبي صلى ا عليه و سلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال: "لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا".(2)

و قال الإمام النووي في استناد القاعدة لهذا الحديث: "هذا الحديث أصل من أصول الإسلام و قاعدة عظيمة من قواعد الفقه، و هي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذاك و لا يضر الشك الطارئ عليها".(3)

المطلب الثالث : النصوص الدالة على القواعد بطريق الاستقراء:

يعد الاستقراء من أهم مصادر القاعدة بوجه عام، و هو عملية تتبع للجزئيات المتشابهة في النصوص الشرعية و إدراك ما بينها من علاقة للتوصل إلى قضية كلية، و تلك القضية هي القاعدة أو القانون، و هو منهج علمي صحيح اتبعه العلماء في شتى المجالات للوصول إلى نتائجهم و قوانينهم.

و من القواعد التي دل عليها استقراء النصوص الشرعية:

1- المشقة تجلب التيسير:

هذا أصل عظيم من أصول الشرع و معظم الرخص الشرعية منبثقة عنه بل صارت أصلا مقطوعا به لتوافر و تظافر الأدلة عليه.

قال الشاطبي-رحمه ا - : "إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الآية بلغت مبلغ القطع".(1)

---

(1) الأشباه و النظائر 1-155.و الحديث رواه الشيخان عن أبي هريرة :صحيح البخاري-،كتاب الاعتصام-،باب الإقتداء بسنن النبي صلى ا عليه و سلم (رقم7288)،و صحيح مسلم:باب فرض الحج مرة في العمر(رقم3257).

(2) أخرجه البخاري في باب لا يتوضأ من شك حتى يستيقن (رقم137)، و مسلم في باب من تيقن الطهارة و شك في الحدث من صحيحه(رقم804).

(3) شرح صحيح مسلم 49/4.

و الآيات و الأحاديث التي تدل على مراعاة التيسير و المرونة و رفع الحرج في الدين لا تحصى. و منها على سبيل المثال لا الحصر: قوله تعالى: "لا يكلف ا نفسا إلا وسعها" البقرة286.و قوله تعالى: "يريد ا أن يخفف عنكم"النساء28.و قوله تعالى: "ما جعل عليكم في الدين من حرج"الحج78.و قوله أيضا: "يريد ا بكم اليسر و لا يريد بكم العسر"البقرة185.و منها قوله صلى ا عليه و سلم في صحيح البخاري عن أنس رضي ا عنه: "يسروا و لا تعسروا و بشروا و لا تنفروا"(2).و قوله صلى ا عليه و سلم في السواك: "لو لا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة"(3). و قوله عليه الصلاة و السلام في رخصة الفطر في صوم المسافر: "ليس من البر الصيام في السفر"(4).

و كل ما دل من نصوص الكتاب و السنة المطهرة عن التيسير و رفع الحرج و عدم التشدد خشية المشقة، و ما شرع له من رخص و تخفيفات يدخل ضمن هذه القاعدة و تنتج ضمنها القاعدة المشهورة أيضا: "إذا ضاق الأمر اتسع".

و ضمن هذا الباب أيضا نجد قاعدة:

2- الضرورات تبيح المحظورات:

و يدل أيضا على يسر هذا الدين وسعته و مرونته أحكامه ليشمل كل الظروف، فههنا رخصة أخرى للمفطر في ظروف استثنائية باللجوء إلى المحظور، و الآيات الدالة على ذلك كثيرة منها: "فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه"البقرة173"و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"الأنعام119"فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن ا غفور رحيم"المائدة3"إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان"النحل106.

3- العادة محكّمة:

من القواعد المشهورة أيضا التي ترجع إلى نصوص شرعية حتى من الكتاب و السنة

---

(1) الموافقات 231/1.

(2) صحيح البخاري :كتاب الأيمان،باب ما كان النبي صلى ا عليه و سلم يتخولهم بالموعظة و العلم كي لا ينفروا،رقم69 ،من حديث أنس بن مالك.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب الجمعة،باب السواك يوم الجمعة،رقم887،من حديث أبي هريرة.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصوم،باب قول النبي صلى ا عليه و سلم لمن ظلل عليه و اشتد الحر"ليس من البر الصيام في السفر"،رقم 1946 من حديث جابر.

لأن للعرف و العادة نصيب وافر في تغير الأحكام بل يرجع إليه ابتداء في بعض الأحكام الشرعية كتحديد الإطعام في الكفارات بأنواعها و تقدير المكاييل. و حكم العرف في فض بعض النزاعات، و في أحوال النساء من حيض و بلوغ...الخ.

و الآيات و الأحاديث في ذلك كثيرة نذكر منها:

قوله تعالى: "و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف"البقرة227.

قال الإمام القرطبي في شرح الآية: "العرف و المعروف و العارف، كل خصلة حسنة ترتضيها العقول و تطمئن إليها النفوس".[1]

و يقول تعالى في كفارة الأيمان: "فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم"المادة49.

فجعل ا سبحانه و تعالى ضابطا و هو الوسط لكن بقي نوع الطعام و قلته و كثرته موكولا لعرف الناس و عادتهم في هذه الكفارة و سائر الكفارات التي لم ينص عليها الشرع.

و قوله صلى ا عليه و سلم لهند: "خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف".[2]و لم تكن هند عارفة بكون المعروف مدين في حق الغني و مدا في حق الفقير و مدا و نصف في حق المتوسط، و قد نص تعالى على أن الكسوة بالمعروف في قوله تعالى: "و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف..."البقرة231. أي ما جرت به عادة أمثالهن في بلادهن من غير إسراف و لا إقتار بحسب يساره و توسطه و إقتاره"[3].

و كذلك السكن و ماعون الدار يرجع فيهما إلى العرف من غير تقدير، و الغالب ما رد في الشرع للمعروف أنه غير مقدر و أنه يرجع فيه إلى ما عرف في الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس.

و قوله صلى ا عليه و سلم: "الوزن وزن مكة، و المكيال مكيال أهل المدينة".[4]

([1]) تفسير القرطبي: 346/7

([2])أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب النفقات ،باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها...رقم5363.

([3]) تفسير ابن كثير: 504/1.

([4]) أخرجه أبو داود في سننه:كتاب البيوع، باب قوله صلى ا عليه و سلم: "المكيال مكيال أهل المدينة"، عن ابن عمر،رقم3340.

و هو تقرير لرسول ا صلى ا عليه و سلم في الاعتداد بالعرف الجاري بين الناس في المكان الذي هم فيه لتكون حكما بين الناس يحملون عليه إذا تداعوا.

قال العيني في شرح صحيح البخاري: "كل شيء لم ينص عليه الشارع أنه كيلي أو وزني فيعتبر في عادة أهل كل بلدة على ما بينهم من عرف فيه لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية".[1]

و منه قول سيدنا عمر للغزالين عند التنازع: "سنتكم بينكم". أي: عادتكم و طريقتكم بينكم معتبرة، من البيوع و الآجال و غيرها.[2]

و في أحوال النساء و عوارضهن كثير من الأحكام ترجع إلى العرف و العادة كقوله صلى ا عليه و سلم لفاطمة بنت أبي حبيش عندما سألته قالت: إني أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ فقال: لا، إن ذلك عرق لكن دعي الصلاة قدر الأيام التي كنت تحيضين فيها ثم اغتسلي و صلي".[3]

و فيه دلالة واضحة إلى إعادة الأمر إلى العادة.

قال الخطابي في معالم السنن: "و هذا أصل في قياس أمر النساء بعضهن على بعض في باب الحيض و الحمل و البلوغ و ما أشبه هذا من أمورهن على اعتبار حالها بحال من مثلها في مثل سنها و أهل إقليمها".[4]

و على ضوء تلك النصوص الشرعية و نظائرها اهتدى الأئمة إلى وضع هذه القاعدة واحتكموا إليها في كثير من المسائل و القضايا، و ما ذكر هنا غيض من فيض لأنه ليس مجال البحث.

---

(1) عمدة القارئ شرح البخاري 102/16.

(2) المصدر السابق.

(3) صحيح البخاري:كتاب الحيض ،باب إذا حاضت في شهر ثلاث حيض،رقم325.

(4) معالم السنن 184/1 بتصرف.

المبحث الثاني :
نصوص العلماء و الأقوال المخرجة لهم
(أو القواعد المخرجة على أقوال العلماء)

و هو القسم الثاني ، من المصادر التي عملت على تكوين القاعدة نصوص العلماء ،سواء كانوا من العلماء المجتهدين أو ممن سبقهم من علماء الصحابة و التابعين ، فمنها ما كان على هيئة قواعد و ضوابط أو أصول ابتداء – وهو قليل -.وأكثرها استنبطها الفقهاء المتأخرون من خلال المسائل التي أوردها أئمة المذاهب في كتبهم أو نقلت عنهم . فانصرف الأتباع إلى تحريرها و ترتيبها وصقل عباراتها عبر العصور كل من كتب مذهبه، حيث وردت القواعد فيها بصورة متناثرة ثم جرى الجمع و التدوين في كتب مستقلة بالقواعد شيئا فشيئا في العصور المتأخرة.

و هذه القواعد التي استنبطها الفقهاء المتأخرون من خلال أحكام المسائل التي أوردها أئمة المذاهب في كتبهم أو نقلت عنهم لا تخرج عن نطاق أدلة الأحكام الشرعية الأصلية أو التبعية الفرعية ،فالناظر لهذه القواعد و الباحث في أدلة ثبوتها و أساس التعليل بها يراها تندرج كل منها تحت دليل شرعي ، إما من الأدلة المتفق عليها كالكتاب و السنة و الإجماع ،و إما من الأدلة الأخرى كالقياس و الاستصحاب و المصلحة و العرف..[1]

أمثلة من القواعد المنقولة عن الأئمة بنصها :

1-قول الإمام مالك رحمه ا :

أ ـ "كل ما لا يفسد الثوب لا يفسد الماء"[2].

ب ـ "لا يرث أحد أحدا بالشك".[3]

وهي ضوابط كما نرى .

([1]) انظر:موسوعة القواعد الفقهية 41/1.

([2]) المدونة الكبرى:6/1.

([3]) المصدر السابق:95/3 نقلا عن قواعد الباحسين.

2- قول الشافعي رحمه ا :

أ- "لا ينسب لساكت قول".[1]

ب- "إذا ضاق الأمر اتسع".[2] و قد عزاها الخطابي له في الكلام عن ذباب يقع في الماء.

ج- "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم". لكن السيوطي ذكر أن أصلها قول سيدنا عمر رضي ا عنه: "إنني أنزلت نفسي من مال ا بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت".[3]

د- قال: "الأشياء كلها مردودة إلى أصولها، و الرخص لا يتعدى بها مواضعها"[4].

3- قول الإمام أحمد رحمه ا :

أ- "كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة و الصدقة و الرهن".[5]

4- و قد ورد للإمام أبي يوسف في كتابه الخراج مجموعة من القواعد كانت بمثابة مواد للقضاء لما وليه على عهد الخليفة هارون الرشيد، منها:

أ-" كل من مات من المسلمين لا وارث له فماله لبيت المال"[6].

ب- "إن أقر بحق من حقوق الناس من قذف أو قصاص في نفس أو دونها أو مال ثم رجع عن ذلك نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به، و لم يبطل شيء من ذلك برجوعه".[7]

و هي القاعدة المعدلة لاحقا: "المرء مؤاخذ بإقراره"المادة 79 من المجلة.

5- قول الكرخي من الأحناف في أصوله نختار منها:

أ- "الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك".[8]

ب- "الأصل أن ما مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله و يفسخ بالنص".[9]

([1]) الأشباه و النظائر للسيوطي 158.

([2]) المصدر السابق 92.

([3]) المصدر السابق 134.

([4]) الأم 53/1.

([5]) مسائل الإمام أحمد لأبي داود السجستاني تقديم السيد رشيد رضا.

([6]) كتاب الخراج 201.

([7]) كتاب الخراج 183.

([8])أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص164.و انظر في قواعد الأئمة، قواعد الباحيسن 121-125.

([9]) نفس المرجع السابق.

كما وصل إلينا من مصادر الأئمة قواعد للإمام محمد بن الحسن الشيباني في كتابه الأصل،نقتبس منه بعض القواعد و هو يعلل للأحكام الفقهية و يؤصل لها:

1- "كل من له حق فهو على حاله حتى يأتيه اليقين على خلاف ذلك". و اليقين أن يعلم أو يشهد له الشهود العدول.[1]

2- "لا يجتمع الأجر و الضمان".[2] و هي القاعدة المنقولة إلينا بصياغتها أو قريبا منها في المجلة المادة 86: "الأجر و الضمان لا يجتمعان".

3- كل شيء كره أكله و الانتفاع به على وجه من الوجوه فشراؤه و بيعه مكروه، و كل شيء لا بأس بالانتفاع به فلا بأس ببيعه.[3]

([1]) كتاب الأصل ،بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني 166/2 نقلا عن قواعد الباحسين228.

([2]) المصدر السابق 45/3.

([3]) المصدر السابق نقلا عن الموسوعة الفقهية.

المبحث الثالث:
القواعد المخرجة من تراث الأئمة

و هو القسم الثالث ، و المراد بالتخريج هنا: التوصل إلى قواعد الأئمة الفقهية من خلال النظر في الجزئيات المنقولة عنهم و المنسوبة إليهم بالطرق المعهودة لدى أهل التخريج".[1]

و بدأت ظاهرة التخريج بعد أن استقرت المذاهب الاجتهادية و ظهر التقليد مع وجود ثروة فقهية عظيمة حيث دونت أقوال الأئمة، و اشتغل من أتى بعدهم بالأدلة، و خلاف المذاهب و الترجيح بينها.

يقول العلامة ابن خلدون في هذا:

"لما صار مذهب كل إمام علما مخصوصا عند أهل مذهبه و لم يكن سبيل إلى الاجتهاد والقياس، فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق و تفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذهب إمامهم".[2]

([1]) قواعد الباحسين 230.

([2]) مقدمة ابن خلدون 449.

المطلب الأول : التخريج عن طريق القياس:

القياس هو أخصب و أوسع المصادر و أكثر وسائل الاستنباط و التخريج استعمالا في التعرف على أحكام النوازل غير المنصوصة الحكم التي يرجع إليها الفقيه في المصادر العقلية، بل إن عملية التقعيد الفقهية هي بذاتها عملية قياسية ما دامت قائمة في أساسها على الجمع بين المتشابه و المتناظر من الفروع و المسائل الفقهية كما يقول الدكتور الروكي في عملية التقعيد بالقياس.

و في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري ما يؤكد ذلك. قال رضي ا عنه: "ثم قايس الأمور عند ذلك و اعرف الأمثال".

و المراد بمعرفة الأمثال إدراك ما تشابه و تماثل في الحكم من القضايا و النوازل ومعرفة هذه الأمثال و النظائر و الأشباه مرتبطة بمعرفة المقايسة و أصول التقعيد".[1]

و أسوق هنا نماذج من القواعد الفقهية التي اعتمد فيها العلماء على القياس في بناء أحكامها، و هي كثيرة جدا نكتفي ببعضها:

1- الغالب كالمحقق:

و هي من قواعد المقري(ق17) و عبارته:

"الغالب مساو للمحقق في الحكم و هو مشهور مذهب الإمام مالك".

و معناها: أن ما غلب على الظن وقوعه كان كالواقع فعلا، فإعطاء حكم المحقق للغالب هو من باب القياس.

أ- فإذا أدرك الصيد منفوذ المقاتل و ظن أنه المقصود جاز أكله، لأن إصابته إياه و إن لم تكن محققة فالغالب أنها كذلك، لأن ما يغلب على الظن وقوعه هو كالمحقق.

ب- إذا صلى في ثياب الكافر المستعملة، أعاد الصلاة في مذهب مالك رحمه ا ، لأن الغالب في ثيابه المستعملة النجاسة، و قد سئل مالك رحمه ا عن الصلاة في ثياب أهل الذمة فقال:

"لا يصلي في ثياب أهل الذمة التي يلبسونها".[2]

2- "الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان"مجلة الأحكام العدلية (م75).

([1])انظر: نظرية التقعيد الفقهي 113.

([2]) المدونة 40/1 نقلا عن التقعيد الفقهي 122.

و المراد بالبرهان: الأدلة القضائية المثبتة لدى القاضي في مجلس القضاء التي تسمى بالبينات عن الحوادث أو نتائجها الشرعية، يعتبر كأنه محسوس مشاهد بالعيان يقضى بالاعتماد عليه لأن احتمال خلاف الثابت لديه و إن كان موجودا فهو موهوم بالنسبة للبينة الظاهرة[1].

من فروعه:

1- جواز الحكم بقرائن الأحوال إذا أفادت علما أو ظنا غالبا و لم تخالف نصا كإثبات حد الشرب بقرينة الرائحة و الترنح في المشي.

2- و منه إجازة مالك شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح و القتل إذا لم يتفرقوا أو كان بينهم كبير –قد يلقنهم- و هو ما يسمى عند مالك بقياس المصلحة.

قال ابن رشد معلقا على تجويز مالك رحمه ا لشهادة الصبيان على بعضهم في القتل و الجرح:

"و إجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة".[2]

و القواعد في هذا الباب كثيرة منها:

- المعروف عرفا كالمشروط شرطا.
- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.
- ما حرم أخذه حرم عطاؤه.
- كتابة الأخرس كإشارته أو الكتاب كالخطاب.

المطلب الثاني : التخريج عن طريق الاستصحاب:

المراد بكون الاستصحاب مصدرا للقاعدة الفقهية ، أن الفقيه يعتمد في عملية التقعيد على فكرة الاستصحاب، و أكثر العلماء يحتجون به و أساسه مبني على العلم بعدم المغير للحالة السابقة.

---

(1) المدخل الفقهي 2 / 1055.

(2) بداية المجتهد 2 / 452.

و كما اعتمد عليه العلماء في التعرف على أحكام الجزئيات فإنهم عملوا على إجرائه في الأحكام الكلية، بعضها جاء بمعنى الاستصحاب نفسه كالقاعدة المشهورة:

1- "الأصل بقاء ما كان على ما كان"(م5) من مجلة الأحكام العدلية.

و هي قاعدة لكل حالة ثبت فيها حكم في وقت، ثم استصحب بقاؤه فيما بعده من الأوقات ما دام لم يقم دليل على خلاف ذلك الحكم، و الحالات الفرعية في هذا لا تحصى.

و من القواعد التي أصلها الاستصحاب:

2- "الأصل في الذمة البراءة"(م8 من المجلة).

تطلق الذمة على محل الالتزام عموما، و هي بهذا المعنى وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له أو عليه و هذا هو المعنى المقصود في هذه القاعدة.

و الأصل أن الإنسان يولد و ذمته فارغة من حقوق الغير و من ثم كان الأصل في كل ذمة أنها بريئة إلى أن يثبت بدليل كالإقرار أو البينة.

3- و منه: الذمة إذا عمرت بيقين لا تبرأ إلا بيقين:

و من فروعها:

إذا اقترض شخص مبلغا من المال و أقام على ذلك شهود ثم ادعى أنه رد المقرض ماله، لا يقبل منه إلا ببينة لأن ذمته قد شغلت بدليل فلا تبرأ إلا بدليل.

كذلك المصلي إذا دخل عليه وقت الصلاة و شك هل صلى أم لا، فإنه يجب عليه أن يصلي لأنه لما دخل عليه وقت الصلاة فقد شغلت ذمته بيقين فلا تبرأ إلا بيقين.[1]

و منها قواعد كثيرة.

4- الأصل في الأمور العارضة العدم.

القديم يترك على قدمه.

المطلب الثالث : التخريج عن طريق الاستصلاح _أو المصالح المرسلة_ :

و هو أن يتوصل الفقيه إلى أحكام كلية عن طريق الاستصلاح، فكما يتوسل به إلى معرفة الأحكام الجزئية للإفتاء بها في الوقائع، يتوسل به إلى معرفة الأحكام الكلية،

([1])انظر شرح القواعد للزرقا 77و ما بعدها و التقعيد الفقهي 134-139.

والطريق لذلك هو تتبع مقاصد الشريعة، و أكبر أصل أو قاعدة في هذا المجال هي سد الذريعة فقالوا:

1- سد الذريعة و فتحها منوط بالمصلحة:

و المراد بذلك: أن الذريعة إذا أفضت إلى مصلحة كانت المصلحة في فتحها، و إذا أفضت إلى مفسدة كانت المصلحة في سدها، لأن درء المفسدة و إغلاق بابها هو في ذاته مصلحة لذلك.[1]

حين وازن العلماء في الشرع بينهما قالو:

2- درء المفسدة أولى من جلب المصلحة.

و هذا من باب التقعيد بالترجيح.

3- ما يفضي إلى الحرام حرام.

4- خطأ القاضي في بيت المال.[2]

5- من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.(م 100من المجلة).

و غيرها من القواعد التي مبناها على المصلحة.

المطلب الرابع : التخريج عن طريق الاستدلال العقلي:

و هذا باب واسع منها ما استنتجه العلماء من علاقة التلازم بين حكمين أو استحالة الجمع بين متناقضين أو بالنظر في علة الحكم و تحقيق مناطه و تنقيحه.

لذلك سوف أقتصر على نماذج من هذه القواعد و أختم بقواعد الترجيح بين الأحكام.

* في التخريج عن طريق التلازم قواعد كثيرة منها:

1- إذا سقط الأصل سقط الفرع(م50 المجلة).

2- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه(م52 من المجلة).

3- من ملك الشيء ملك ما هو من ضروراته(49 من المجلة).

* و في علاقة التضاد:

1- ما جاز لعذر بطل بزواله(م 23 المجلة).

---

(1) انظر التقعيد الفقهي 143-145.

(2) الفرائد البهية في القواعد الفقهية 214.

2- إذا زال المانع عاد الممنوع(م24 المجلة).

* و في تحقيق المناط أو تنقيحه:

1- القياس لا يصار إليه مع النص.

2- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان(م39المجلة).

3- لا ينسب إلى ساكت قول(م67 المجلة).

4- "العبرة بالغالب و النادر لا حكم له". و نص المجلة م42: "العبرة بالغالب و الشائع لا للنادر".

* في التخريج عن طريق الترجيح:

1- إذا تعارض المانع و المقتضى يقدم المانع م46 المجلة.

2- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما(م28 المجلة).

3- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام(المجلة م26).

4- درء المفاسد أولى من جلب المصالح(م30 المجلة).

5- إذا اجتمع السبب المباشر قدم المباشر(م90 المجلة).

الفصل الخامس :

دليلية القواعد الفقهية

و فيه ما يلي:

المبحث الأول : أهمية القاعدة الفقهية

المبحث الثاني : هل يمكن أن تكون القاعدة الفقهية دليلا يستنبط منه الحكم؟

المبحث الثالث : مناقشة آراء العلماء و أدلتهم في الموضوع و بيان الراجح منها

المبحث الأول:
أهمية القاعدة الفقهية

المقصود بهذا الفصل التعرض لحجية القاعدة الفقهية للحكم الشرعي و بعبارة أخرى:هل تصلح القاعدة أن تكون دليلا لحكم شرعي؟ ثم هل يجوز أن تكون مستندا

للفتوى و القضاء؟ و قبل ذلك لا بد أن أبين مدى أهمية القاعدة الفقهية و مكانتها في هذا العلم ثم وظيفتها التي تتحقق من وراء تحصيلها.

يقول الإمام قطب الدين السنباطي (ت722هـ) في كلمة جامعة تشير إلى أهمية هذا العلم: "إن الفقه معرفة النظائر[*]".[1] و قد أوضح ذلك كثير من العلماء مبينين جانب الأهمية في هذا الركن العظيم من أركان الفقه و أُورد هنا نصا للإمام القرافي يفصل لنا ما أوجزه السنباطي يبين فيه أهمية القواعد الفقهية و وظيفتها.

يقول العلامة القرافي في هذا الشأن: "و هذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع و بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه و يشرف، و يظهر رونق الفقه و يعرف، و تتضح مناهج الفتاوى و تكشف، فيها تنافس العلماء و تفاضل الفضلاء، و برز القارح على الجذع[2] و حاز قصب السبق فيها و برع، و من جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع و اختلفت و تزلزلت خواطره فيها و اضطربت و ضاقت نفسه لذلك و قنطت و احتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، و انتهى العمر و لم تقض نفسه من طلب مناها، و من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات و اتحد عنده ما تناقض عند غيره، و تناسب و أجاب الشاسع البعيد و تقارب، و حصل طلبته في أقرب الأزمان، و انشرح لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، و بين المنزلتين تفاوت شديد".[3]

من خلال هذا النص نستطيع أن نستخلص أهمية القواعد الفقهية و وظيفتها في النقاط التالية:

(*) النظائر: المقصود بها هنا في القواعد و الفروق الفقهية: و هي المسائل التي يشبه بعضها بعضا في حكمه أو هي الفروع المتشابهة و لو كان الشبه طفيفا المتناظره، و قد سمي ما صنف في هذا الفن بالأشباه و النظائر، و قد تحوي هذه المصنفات فنونا أخرى لها صلة بالموضوع اعتبارا بالفروع المتشابهة و المتناظرة في علم الأصول و الفقه و أحيانا علم الكلام، كما في أشباه السيوطي و ابن نجيم.

(1) مقدمة الأشباه و النظائر للسيوطي ص6.

(2) القارح: ما أوفى من الابل خمس سنين، و الجذع: ما أوفى منها السنتين.

(3) الفروق 3/1

1- لم شتات المسائل الفقهية الفرعية و ربط ما تناثر منها في مسلك واحد متسق تحت قاعدة واحدة فهو كما قال ابن رجب: "تنظم منثور المسالك في مسلك واحد و تقيد له الشوارد و تقرب عليه كل متباعد".[1] أي :

- يسهل استحضاره على الفقيه في أي وقت شاء.
- ييسر للباحثين تتبع جزئيات الأحكام، و استخراجها من موضوعاتها المختلفة و حصرها في موضوع واحد، و بذلك يتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة.
- يستغني طالب العلم عن حفظ الجزئيات الكثيرة عند ضبطها في قاعدة واحدة.
- ييسر عملية الإفتاء و يقربها و يوفر فيها الوقت و عناء البحث.

يقول الشيخ الزرقا: "و لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام فروعا مشتتة، قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار".[2]

2- تربي في الباحث الملكة الفقهية و تجعله قادرا على الإلحاق و تخريج و معرفة أحكام المسائل المستجدة غير المنصوص عليها لديه لذلك سماها القرافي: "عظيمة المدد". يقول الإمام السيوطي في هذا: "اعلم أن فن الأشباه و النظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه و مداركه و مآخذه و أسراره، و يتميز في فهمه و استحضاره، و يقتدر على الإلحاق و التخريج و معرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة و الحوادث و الوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان".[3]

ثم إن في تسمية هذا الفن بالأشباه و النظائر ما فيه من المعاني الدالة على المنهاج القياسي الذي ينطق برحابة مضامين هذه القواعد و يمدها بعنصر الوحدة و التجميع والربط و التأصيل كما يقول الدكتور الروكي في قواعده[4]. و قد أشار إلى هذا المنهاج القياسي الشيخ الزرقا في مدخله.[5]

([1]) القواعد ص3.

([2]) المدخل الفقهي العام 2 / 943.

([3]) الأشباه و النظائر.

([4]) قواعد الفقه الإسلامي 121.

([5]) انظر: المدخل العام 2 / 966.

3- من فوائد هذا العلم أيضا: إدراك مقاصد الشريعة و هو ما أشار إليه القرافي بقوله: "مشتملة على أسرار الشرع و حكمه". و قال السيوطي: به يطلع على حقائق الفقه و مداركه و مآخذه و أسراره".[1]

و قد ذكر الشيخ ابن عاشور أن القواعد الكبرى تساعد على إدراك مقاصد الشريعة، لأن القواعد الأصولية ترتكز على جانب الاستنباط و تلاحظ جوانب التعارض و الترجيح و ما شابه ذلك من القواعد التي ليس فيها شيء من ملاحظة مقاصد الشرع، أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع و الجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها و من ثم إدراك المقاصد الشرعية التي دعت إليها[2].

4- تعتبر القواعد الفقهية قمة الفقه الإسلامي و عصارته كما يقول الدكتور الروكي، فهي تبلور العقلية الفقهية القادرة على التجميع و التأصيل، كما تكشف أيضا عن الملكة العلمية و الطاقة الذكائية و الحفظية الهائلة التي تمتع بها فقهاؤنا الأوائل، فصاغوا مسائل الفقه وفروعه المتناثرة في قوالب و أطر جامعة، و دققوا فيما تشابه منها و ما تفرق، فلا يقل عملهم في القواعد عن عملهم في تقعيد عِلْمي الأصول و الحديث، و ما أحوجنا اليوم لهذه العقلية نواجه بها المشاكل التي تزخر بها حياتنا المعاصرة، أمام ثروة فقهية عظيمة ورثناها عن أسلافنا!

5- إن القواعد الفقهية تيسر لغير المتخصصين في الشريعة الإسلامية من رجال القانون وغيرهم من الإطلاع على الفقه بروحه و مضمونه.

إذن إذا كان لهذه القواعد كل هذه الأهمية الوظيفية في الفقه الإسلامي هل يمكن أن تكون دليلا يستنبط منه الحكم و يكون مرجعا للفتوى؟ثم هل يمكن أن يسد عجزا قانونيا يستند إليه القضاة؟

([1]) الأشباه و النظائر 5.

([2]) مقاصد الشريعة الإسلامية ص6.وانظر: قواعد الفقه الإسلامي للباحسين 117.

المبحث الثاني :

هل يمكن أن تكون القاعدة الفقهية دليلا يستنبط منه الحكم؟

هذه المسألة على جانب كبير من الأهمية و الخطورة لأنها تتعلق بمصادر الشرع الذي يفترض أن يكون دستورا لحياتنا، ففي الوقت الذي نطلع على هذه الأهمية العظيمة للقواعد الفقهية و هذا الجهد الذي أفنى فيه العلماء حياتهم خدمة لهذا العلم، فهل يمكن أن تقتصر ثمرة مجهودهم هذا على ما تحقق من فوائد سبق ذكرها من تجميع الفروع و تسهيل لحفظها أم أنها تتعدى ذلك إلى نتيجة عملية نحن الآن أحوج ما نكون لها في مجال القضاء و الفتوى؟

في الوقت ذاته نجد أن كتب الفقه تزخر بهذه القواعد يستدل بها الفقهاء على أحكامهم على الفروع فهل كان فعلهم هذا لمجرد الاستئناس كما قرر كثير من الباحثين؟ لأنه لم يسبق أن وجدنا أحدا من العلماء ذكر القاعدة الفقهية ضمن المصادر الشرعية. فهل يعتبر هذا إجماعا منهم على أنها ليست مصدرا من مصادر الشرع و أن دورها يقتصر على ما ذكر على أهميته؟

لكن الحاجة اليوم في تقنين الفقه الإسلامي تدعو للتحقيق في هذه المسألة لأن هذه القواعد يمكن أن تسد ثغرة عظيمة تسللت من خلالها القوانين الوضعية الأجنبية لقضائنا بدعوى عجز الفقه الإسلامي؟!

سنحاول أن نستكشف من خلال النقول الآتية لآراء العلماء: معرفة موقفهم من القضية و تحليل أسباب ذلك و مناقشته و من ثم استخلاص الرأي الراجح في المسألة.

الذي أجمع عليه الباحثون ، و الذي تبين لي من خلال بحوثهم في هذا الباب هو التفصيل في حجيتها وفق مصدر القاعدة، إذ القاعدة الفقهية تعتبر:

1- دليلا يحتج به، إذا كان لها أصل من الكتاب و السنة كقاعدة الأمور بمقاصدها، فإن الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها و هو حديث: "إنما الأعمال بالنيات" و هكذا.

2- أما ما عدا ذلك من القواعد التي أسسها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية فذهب أكثر العلماء إلى أنها شاهد يستأنس به.

ففي التقرير الذي صدرت به مجلة الأحكام العدلية – و هي التي اتّخذت مصدر للقضاء ردحا من الزمن- جاء في المادة الأولى من مواد هذه المجلة:

"إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط و جامع لمسائل كثيرة، و تلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية، تتخذ أدلة لإثبات المسائل و تفهمها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل و يكون وسيلة لتقريرها في الأذهان".

قال الشيخ الآتاسي في شرحه لهذه النقطة:

"أي يتنور بها المقلد، و لا يتخذها مدارا للفتوى و الحكم، فلعل بعضا من حوادث الفتوى خرجت عن اطرادها لقيد زائد أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها، و هذا يحتاج إلى نظر دقيق و تبحر عميق يجري تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية و يستثني منها ما خرج عنها بقيد أو سبب"[1].

و جاء فيها أيضا:

"فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل".[2]

و قد نقل عن ابن نجيم عدم الاحتجاج بالقواعد الفقهية فقد صرح في الفوائد الزينية:

" أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية خصوصا أنها لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه".[3]

و أيد هذا الاتجاه من المعاصرين الشيخ الزرقا إذ صرح أن هذه القواعد لا تصلح نصوصا للقضاء بل تتخذ دساتير للتفقيه مؤيدا قول المجلة.

يقول في المدخل الفقهي:

([1]) مجلة الأحكام العدلية 1 / 12 بشرح خالد الآتاسي.

([2]) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لحيدر علي 10.

([3]) غمز عيون البصائر 1 / 37.

"و لذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلّما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاما استحسانية خاصة، و من ثم لم تسوغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضى فيها لأن تلك القواعد الكلية على ما لها من قيمة و اعتبار هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء".[1]

و قد أيد هذا الرأي و سلك طريقه كثير من الباحثين المعاصرين من أمثال الدكتور الندوي رغم أنه في بحثه القيم يورد نقولا كثيرة لأمثلة تطبيقية للقواعد في مجال الإفتاء و القضاء، قد أفرد لها مبحثا، إلا أنه يرى بعدم صلاحيتها للاستدلال وفق المذهب الذي ذكرنا إذ يقول:

"على الرغم من عدم صلاحية معظم هذه القواعد من حيث الاستدلال بها في الإفتاء و القضاء، ينبغي لمن ينصب نفسه للقضاء و الفتيا أن يكون مسلما بها قادرا عليها، حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية و القضائية".[2]

المذهب الثاني: من ناحية أخرى نجد أن طائفة من العلماء اتخذت من القاعدة الفقهية دليلا يحتج به في الأحكام الفقهية، رغم ما يقال عن خروج بعض جزئياتها استثناء.

و نلحظ ذلك كثيرا عند فقهاء المالكية. فقد أشار القرافي رحمه ا عند تنويهه بالقواعد الفقهية إلى كونها مصدرا من مصادر الشريعة، إذ جعلها قسيما للقواعد الأصولية و خص أهميتها في باب الفتوى و القضاء إذ قال:

"إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفتوى و القضاء لا توجد في أصول الفقه".[3]

و قد نقل الدكتور البورنو عن القرافي رحمه ا في حديثه عن أدلة مشروعية الأحكام في باب الاستدلال كلاما صريحا في استدلاله بالقاعدة الفقهية قال:

([1]) المدخل الفقهي 2 / 934-935.

([2]) انظر: قواعد الندوي 333. و أحمد بن عبد ا بن حميد في مقدمة

([3]) الفروق 1/ 3.

"الاستدلال: هو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة و فيه قاعدتان:"...قال:" القاعدة الثانية: "إن الأصل في المنافع الإذن، و في المضار المنع بأدلة السمع، لا بأدلة العقل- خلافا للمعتزلة- و قد تعظم المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، و قد تعظم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبتها، فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة"....إلى أن قال:" يعلم ما يصحبه الوجوب أو التحريم أو الكراهة من الشريعة وما عهدناه في تلك المادة".[1]

و عمليا فقد بنى أحكامه أو توجيهاته على القواعد، فصرح بنقض حكم القاضي في المسألة السريجية[*] لمخالفته قاعدة صحة احتجاج الشرط مع المشروط.

جاء في قواعد الدكتور الباحسين:

"و ممن بنى بعض أحكامه أو ترجيحاته عليها (أي القاعدة) أبو العباس القرافي (ت674) الذي رد فتاوى من لم يوقع الطلاق في مسائل الدور التي منها قول القائل لزوجته: "إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا، و قال بنقض قضاء من حكم ببقاء الزوجية و عدم إيقاع الطلاق، و علل ذلك بمخالفته قاعدة الشرط التي هي صحة اجتماعه مع المشروط، قال: "و لو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية نقضناه، لكونه على خلاف القاعدة: "إن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط، و شرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبدا، فإن تقدم الثلاث، لا يجتمع مع لزوم الطلاق، بعدها"[2].

و معنى ذلك إلغاء الشرط غير الصحيح في إيقاع الطلاق الذي أوقعه بعد ذلك.[3]

و صنيع القرافي هذا رفع من درجة الاحتجاج بالقاعدة و جعلها من الحجج القوية التي ينقض لها حكم القاضي كالنص و الإجماع...

([1]) شرح تنقيح الفصول 450-451 بتصرف انظر موسوعة القواعد الفقهية 49.

([*])السريجية: مسألة مشهورة بين الفقهاء سميت بذلك نسبة إلى أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي (ت306) و هي ما لو قال لزوجته إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا، و قد أفتى بن سريج بعدم وقوع الطلاق و الحالة هذه. انظر إيضاح المسالك ص 407.

([2]) الفروق (4 / 40).

([3]) قواعد الفقه للباحسين (276-277).

و قد نقل عن الإمام ابن عرفة (ت803) جواز نسبة القول إلى المذهب استنباطا من القاعدة الفقهية، قال الحطاب:

"سئل ابن عرفة: هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق، هذا مذهب مالك؟ فأجاب: من له معرفة بقواعد المذهب و مشهور أقواله و الترجيح و القياس: يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكره في قواعد المذهب، و من لم يكن كذلك لا يجوز له ذلك"[1].

و هذا يدل على أن ابن عرفة يرى صحة الحكم استنادا إلى القاعدة و شمل لفظ قواعد المذهب-القواعد الأصولية مع القواعد الفقهية، فإذا جاز نسبة القول إلى المذهب بناء على القاعدة جاز الحكم بها".[2]

---

(1) مواهب الجليل شرح مختصر خليل 1 / 38.

(2) قواعد المقري –مقدمة المحقق 1 / 118.

المبحث الثالث :

مناقشة آراء العلماء و أدلتهم في الموضوع و بيان الراجح منها

إذا نظرنا إلى تلك الآراء الرافضة لدليلية القاعدة الفقهية نجدها جازمة شديدة عند القدامى و تتميز بنوع من التحفظ و التحرز من التعميم عند الباحثين المعاصرين و مدار ذلك يرجع لسببين رئيسيين هما المسوغ لرفض الاحتجاج بالقواعد الفقهية عند هؤلاء:

- السبب الأول: إن القواعد الفقهية ليست كلية، و قد يكون الفرع المراد إلحاقه و الحكم عليه وفق القاعدة داخلا في مستثنياتها.

- السبب الثاني: إن القواعد الفقهية استقرائية، و الاستقراء ليس دليلا قويا لاستنباط الأحكام، ثم أن القاعدة هي ثمرة لاستقراء فروع كثيرة، و ليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة دليلا لاستنباط أحكام لفروع أخرى، فكأنها أحكام فروع مبنية على فروع أخرى و لا دليل؟!

مناقشة هذه الأدلة:

أولا: أما السبب الأول فنرجع إلى ما قلناه عن كلية القاعدة و أن الجزيئات لا تنهض أن تنقض الكليات.

و أنقل هنا قول الشاطبي الذي يرى الاستدلال بالقاعدة على الأحكام الشرعية مع أنها محتملة لما يجعلها غير صالحة للأخذ بها و بناء الأحكام عليها لما يعتريها من استثناء، إذ يساوى بينها و بين ما هو أصل من مصادر الأحكام الشرعية اتفاقا كالقياس و أخبار الآحاد. يقول: "لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة و كانت العوائد قد جرت بها سنة ا أكثرية لا عامة، و كانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي، لا العموم الكلي التام الذي لا يتخلف عنه جزء ما".

قال الدكتور عبد الوهاب الباحسين في قواعده مبينا هذه النقطة: "أما كون الشريعة على ذلك الوضع فظاهر، ألا ترى أن وضع التكاليف عام و جعل على ذلك علامة البلوغ و هو مظنة لوجود العقل الذي هو مناط التكليف، لأن العقل يكون عنده في الغالب لا على العموم، إذ لا يطرد و لا ينعكس كليا على التمام، لوجود من يتم عقله قبل البلوغ، و من ينقص و إن كان بالغا، إلا أن الغالب الاقتران و كذلك أناط الشارع الفطر و القصر بالسفر لعلة المشقة، و إن كانت المشقة قد توجد بدونها و قد تفقد معها، و مع ذلك لم يعتبر الشارع تلك النوادر بل أجرى القاعدة مجراها، و مثله حد الغنى في النصاب و توجيه الأحكام بالبينات و إعمال أخبار الآحاد و القياسات الظنية، إلى غير ذلك من الأمور التي قد تتخلف مقتضياتها في نفس الأمر، و لكنه قليل بالنسبة إلى عدم التخلف فاعتبرت هذه القواعد كلية عادية لا حقيقية.

و إذا ثبت ذلك ظهر أن لا بد من إجراء العمومات الشرعية مع مقتضى الأحكام العادية من حيث هي منضبطة بالمظنات إلا إذا ظهر معارض فيعمل على ما يقتضيه الحكم فيه.[1]

إننا حين تكلمنا عن أركان القاعدة و شروطها بينا أن كثيرا من تلك الجزئيات المستثناة لم تكن داخلة تحت القاعدة أصلا، إما لأنها لم يتحقق فيها مناط القاعدة أو

([1]) الموافقات 2 / 197 . 198. انظر قواعد الباحسن 276 ، 277.

لفقدها بعض الشروط، أو لقيام ما يمنع من انطباق حكم القاعدة عليها، لأنها قد عارضها ما يمنع من انطباقها على جزئياتها.

إذا بالدراسة الجيدة للحالة المراد إلحاقها بالقاعدة أو إعطاؤها حكم القاعدة كفيلة بتلافي مثل هذه المحاذير أو المخاوف.

ثانيا: أما القول بأن القواعد إنما هي نتيجة الاستقراء و من المحتمل أن يكون حكم ما لم يستقرأ مخالفا لحكم ما تم استقراؤه و هو ما سموه بالاستقراء الناقص.

فإن أهل الاختصاص من العلماء لم يستنكروا إطلاق "قواعد كلية" على نتائج الاستقراء مع اعترافهم بأن الحكم بالكلية تابع لوجوده في أكثر الجزئيات لا كلها.

فقد عرفوا الاستقراء الناقص بأنه "الحكم على الكلي لوجوده في أكثر جزئياته".[1]

و احتج به جمهور الفقهاء و الأصوليين، و سموه إلحاق الفرد بالأعم الأغلب و قالوا إنه يفيد الظن و هو كاف في إثبات الأحكام الشرعية. و لابأس أن نوضح هذه المسألة أكثر فيما يلي:

حجية الاستقراء:لمزيد من إيضاح حجية الاستقراء و اعتماد الفقهاء عليه في إثبات الأحكام الشرعية لا بد من التعرف على الاستقراء و أقوال العلماء في حجيته. فالاستقراء نوعان وهما :الاستقراء التام و الاستقراء الناقص:

أولا:الاستقراء التام:و هو"تتبع جزئيات كلي ليثبت حكمها له".[2]

و يفيد هذا النوع من الاستقراء العلم القطعي في ثبوت الحكم لكل فرد على الإجمال لثبوته في كل فرد على الإطلاق و العموم ،فيثبت الحكم في صورة النزاع ـ كذلك ـ طالما تتبع كل ما عداها.مثاله:لا بد من وجود الطهارة في كل صلاة ،فرضا كانت أو نفلا.

ثانيا:الاستقراء الناقص:و هو "تتبع أكثر جزئيات كلي يثبت حكمها له".[3]

---

(1) المنطق التوجيهي 122 – ضوابط المعرفة 193 – 199.

2 شرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني345/2.و انظر المستصفى 33/1.

3 نفس المرجع السابق.

و يصطلح على تسمية الاستقراء الناقص بالأعم الأغلب و يعتبر هذا النوع مفيدا للظن الغالب دون القطع،لأن احتمال تخلف بعض جزئيات المستقرأ موجود فتحمل صورة النزاع أو المسألة على حكم الاستقراء و إن كان ظنيا.

هذا الاستقراء عند المناطقة ،و المراد بالبحث عند الأصوليين هو النوع الثاني و هو الاستقراء الناقص ،لأن الغرض هو الاستدلال به لثبوت حكم في جزئي من جزئيات الكلي و هو ما يهمنا في هذا البحث أيضا. ذلك أن الأحكام الشرعية إنما بنيت على الأغلب،و الظن المستفاد من الاستقراء الناقص مبني على الأغلب،لأنه عندما نجد أكثر الجزئيات على صفة معينة فيغلب على الظن أن الباقي كذلك،إضافة إلى أن المذاهب الأربعة قد احتجت بالاستقراء في كثير من الأحكام الشرعية كتقدير مدة الحيض و النفاس.

و قد استدل الشاطبي على صحة هذا الاستقراء بما يلي:

"1ـ أن أهل العلوم العقلية و النقلية يحتجون بحكم الاستقراء ،و يجرون حكمه في العقليات و الشرعيات ،سواء كان قطعيا أو ظنيا في كل مسألة متصورة متنازع فيها،داخلة في الاستقراء أم لا.

2ـ أن التواتر المعنوي إنما حصل بالاستقراء لجزئيات مختلفة تتفق على معنى واحد كرفع الحرج في الشريعة ، فقد ثبت في وقائع كثيرة كالتيمم و القصر و الفطر ، و إباحة الميتة للمضطر..و غير ذلك مما يستنتج من حكم عام في رفع الحرج في الشريعة الذي كان نتيجة الاستقراء الذي يثبت به معنى عام لتواتره و تعاضد جزئيات كثيرة على تأكيده.

3ـ عمل السلف بالاستقراء: فقد ترك أبو بكر و عمر رضي ا عنهما الأضحية حتى لا يظن أنها واجبة .و ترك عثمان رضي ا عنه القصر في منى عندما وقع التقصير بأدائها.و إنما أخذوا بها سدا للذريعة مما ثبت لديهم من جزئيات كثيرة شاهدوها في الشريعة، كقوله تعالى:"يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا " البقرة104، و قوله:"و لا تسبوا الذين يدعون من دون ا فيسبوا ا بغير علم" الأنعام 108...الخ.فقد استخرجوا من هذه

الآيات ما جعلوه دليلا على حكم عام بدلالة الاستقراء دون نظر إلى خصوصيات بعض الجزئيات لعدم ثبوت اعتبار تلك الخصوصيات".[1]

و لو دققنا النظر في معنى الاستقراء لوجدناه يرجع إما إلى العموم المعنوي ـ كما يقول الشاطبي ـ أو إلى القياس الفقهي للمعنى الجامع بين الجزئيات.و أن نتيجة الاستقراء المهمة و غايته المرادة إنما هي من حيث الدليل الذي يتوصل إليه بالاستقراء .فلا يحتاج المجتهد بعد استقراء معنى عام من أدلة جزئية مختلفة إلى دليل خاص لكل مسألة تطرأ بل يجد لها حكما من خلال ما يتوصل إليه بإدخالها في حكم الاستقراء العام و هو أقوى من القياس بوجه من الوجوه و إن كان كلاهما ظنيا إذ القياس دليل خاص،و حكم الاستقراء قد تضافرت عليه أدلة كثيرة مما يدانيه من التواتر المعنوي.[2]

و احتجوا بالقياس التمثيلي(*)، فقالوا:إن القياس التمثيلي حجة عند القائلين بالقياس في الحكم الشرعي و هو أقل مرتبة من الاستقراء ، لأنه حكم على جزئي لثبوته في جزئي آخر ، و الاستقراء حكم على جزئي لثبوته في أكثر جزئياته فيكون أولى من القياس التمثيلي.(3)

و اعترض على ذلك بأنه مدخول، لأنه يشترط في إلحاق الجزئي الآخر في القياس الجامع بينهما، و هذا الأمر غير متحقق في الاستقراء الذي هو حكم على الكل بمجرد ثبوته في أكثر جزئياته.

و يرد على هذا بأنه لا يسلم، لأن تكوين الأحكام الكلية في الاستقراء مع أن التتبع لم يكن إلا لبعض الجزئيات ، يستند إلى قانونين أساسيين هما:

1- قانون العلية.
2- قانون الاطراد.

---

[1] الموافقات:298/3- 304.و انظر:أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء للبغا 652- 653.

[2] المصدر السابق.و سلم الوصول للمطيعي 82/4- 83.

(*) القياس التمثيلي:عرفه الغزالي بقوله :" هو أن يوجد حكم في جزئي معين واحد.فينقل حكمه إلى جزئي آخر يشابهه بوجه ما ". و عرفه المناطقة بأنه :"قول مؤلف من قضايا تشتمل على بيان مشاركة جزئي لآخر في علة الحكم فيثبت الحكم له ". و هو يفيد الظن و يصلح دليلا للظنيات كالأحكام العملية لا العقائد و لا العقليات المحظة ". [ضوابط المعرفة :290-292]

(3) الإبهاج (3 / 174) – منهاج الوصول 2 / 133، نهاية الوصول في دراية الأصول (8 / 4052).

فأما قانون العلية فهو يعني:" أن كل حادثة في الكون و كل تغيير يحدث في الأشياء أو كل ظاهرة من الظواهر، لا بد لها من سبب أو علة تنتج عنها".

أما قانون الاطراد: فيقوم على أن العلل المتشابهة تنتج معلومات متشابهة.

و بسبب هذين القانونين أمكن استخراج القواعد و القوانين الكلية في جميع المجالات، ومما يجدر ذكره هنا هو أن الاتصال القائم على العلية بين الأشياء ليس مطردا في جميع الأحوال، فهناك أحكام كلية اعتمدت على الاستقراء لا تستند إلى قانون العلية، مما أطلقوا عليه اسم: "الاستقراء الإحصائي" كقولهم: كل طائر يبيض و كل طائر له صماخ، و كل حيوان ذي ثدي يلد، فلا البيض علة في الطيران و لا الطيران علة في كونه يبيض، و هكذا في سائر ما ذكر.مع ذلك اعتمد العلماء الاستقراء الإحصائي في بناء الأحكام الكلية، و إن عدم وجود العلية لا يمنع من تعميم الحكم على الأشياء التي توجد فيها.[1]

أما اعتلالهم بأن القواعد الفقهية ثمرة للأحكام الفرعية المختلفة و جامع لها و لذلك لا يصح أن يجعل دليلا لاستنباط الأحكام لفروع أخرى.فإن هذا باطل، لأن قواعد العلوم إنما بنيت على فروع هذه العلوم و كانت ثمرة لها، وأقرب مثال لذلك قواعد الأصول حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعية المنقولة عن الأئمة الأقدمين، و لم يقل أحد أنه لا يجوز أن نستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام و استنباطها.

و كذلك قواعد اللغة العربية التي استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم العجمة و اللحن، و هي القواعد التي يستند إليها في استنباط أحكام اللغة العربية لأنها ثمرة للفروع الجزئية.[2]

الحـاصـل : بعد هذا الذي بيناه من موقف العلماء من حجية القاعدة بعرض آرائهم و مناقشتها، فإن الذي خلصت إليه هو ما خرج به أكثر الباحثين المعاصرين و إن تردد فيه بعضهم أو تحرز ببعض الشروط بعض آخر، و صرح به آخرون وفق منهجية في العرض والاستدلال و الاستنتاج.[*]

([1]) قواعد الباحسين 283-285.

([2]) انظر الموسوعة الفقهية 48 – 49.

([*]) انظر مبحث دليلية القاعدة الفقهية عند الدكتور يعقوب الباحسين في قواعده ص286 و ما بعدها.

1- إن القواعد التي هي نصوص شرعية، أو كان مصدرها نص شرعي من كتاب أو سنة و إن طرأ عليها تغيير في صياغتها تعتبر حجة و دليلا، شأنها في ذلك شأن النص الذي أخذت حجيتها منه و هذا بإجماع العلماء و الباحثين و هو واضح.

2- القواعد المستنبطة و هنا يقع الاختلاف:

أ- القواعد المستنبطة أو المخرجة عن طريق الاجتهاد كالقياس أو الاستصحاب أو عن طريق الاستدلال العقلي أو التعارض و الترجيح فهي تابعة لنوع الدليل و مدى الأخذ بما يترتب عليه من الأحكام، و هي تختلف قوة وضعفا للاتفاق أو الاختلاف في ذلك بين الفقهاء و ذلك لا يؤثر في حجية القاعدة إنما يضيق دائرة من يعمل بها.

ب- أما ما كان منها مستنبطا عن طريق الاستقراء فقد بينا أن الاستقراء كاف في إثبات الأحكام الشرعية العملية عند جمهور العلماء لأن المطلوب فيه تحقق الظن و هو كاف في بناء الأحكام الشرعية شأنه في ذلك شأن القياس مثلا، و إذا قام دليل على إخراج بعض جزئياتها عمل بما يقتضيه الدليل في تلك الجزئيات، و إخراج بعض الجزئيات عن مقتضى الدليل بطريق الاستحسان لا يؤثر في بقاء الدليل و العمل به.[(1)]

إن القواعد الاجتهادية استنبطها العلماء المجتهدون من معقول النصوص و القواعد العامة للشريعة أو بناء على مصلحة رأوها أو عرف اعتبروه أو استقراء استقرؤوه، فعلى من تعرض لمثل هذه المسائل أن يكون على جانب كبير من الوعي و الإدراك و الإحاطة بالقواعد الفقهية و ما بنيت عليه كل قاعدة أو استنبطت منه، و ما يمكن أن يستثنى من كل قاعدة حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها[(*)].

يقول الدكتور الباحسين في هذا الصدد:

" فهذه القواعد التي أجهد العلماء أنفسهم في جمعها و ترتيبها و تدوينها و شرحها و بيان طائفة من أحكامها، ليس غرضهم من ذلك هو ما ذكر من فوائد هذه القاعدة من تسهيل الحفظ ، و جمعها في سلك واحد، و ما أشبه ذلك، نعم إن هذا أمر محقق –و لا شك- لكن ليس هو وحده المقصود من ذلك، فليست القواعد مجرد "ديكور" يزين المعرض الفقهي، بل هي إلى جانب تلك الفوائد مصدر مشروع يتعرف منها على

([1]) المصدر السابق 287.

([*]) موسوعة القواعد الفقهية 48.

أحكام ما لم ينص عليه. و يستفيد منها المجتهد و المفتي و القاضي و غيرهم، كل في مجاله الذي يعمل فيه. و لا ندري ما معنى قولهم: "إن القاعدة الفلانية تدخل في سبعين بابا من الفقه، و أن القاعدة الفلانية هي ثلث العلم ،أو ربعه،أو أكثر من ذلك ،إذا كانت لا تصلح للحجية؟!

و إن كتب الفقه شاهد،غير مدفوع، على قيام الفقهاء بالاعتماد عليها في مجال الاستنباط ،أو التخريج، أو الترجيح،... و ما قيل من المنع من البناء على القواعد الفقهية ،من قبل بعض العلماء، لا يعني حسم الموضوع، فإن مثل هذه الأقوال وردت على ألسنة طائفة من العلماء حتى في القواعد الأصولية، لكن الراجح عند العلماء جواز ذلك، بشرط عدم وجود النص، و القدرة العلمية لمن يتولى هذا العمل...

و أكتفي، هنا، بذكر مثال واحد يبين منهج العلماء في ذلك، و الفائدة الممكن تحقيقها من التفريع على القواعد الفقهية.

ذكر علماء الحنفية أن الأصل عند محمد بن الحسن(ت189هـ)أنه:[إذا اجتمعت الإشارة و التسمية في العقد، فإن كان المسمى من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه، و إن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى] و بينوا توجيه ذلك.

و مما ذكروه تفريعا على هذا الأصل أنه: إذا باع جارية، فإذا هي غلام لم ينعقد البيع، و إذا باع كبشا، فإذا هو نعجة، انعقد البيع و تنجز، و ذلك لأن الغلام و الجارية جنسان عندهم ؛ لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة و الزراعة و غيرها . و الجارية لخدمة داخل البيت، كالاستفراش و الاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية: أما الكبش و النعجة فهما جنس واحد؛ لأن الغرض الكلي من الحيوانات الأكل و الركوب و الحمل، و الذكر و الأنثى في ذلك سواء، فالمعتبر في اختلاف الجنس، و اتحاده، تفاوت الأغراض.[1]

و على هذا فمعرفتنا بهذا الضابط أو الأصل يمكننا من استنباط و تخريج أحكام كثير من الفروع الفقهية،... فلو باعه.. فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج أو جهازا على أنه آلة تصوير فإذا هو راديو ...، بطل البيع لاختلاف الجنس باختلاف الأغراض.

([1]) فتح القدير 3 / 206.

و لو باعه فصا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر أو هذا الثوب المصري فإذا هو مغربي لم يبطل البيع و خُير المشتري لفوات الوصف. و هكذا يمكن طرد هذا في عشرات بل مئات الأمثلة".[1]

النتائج:

ـ أن القواعد الفقهية لا ترقى إلى مصاف القواعد الأصولية في استنباط الأحكام منها لكن هنا يكمن القول بالاستئناس بها.

ـ أن استخراج الحكم من القاعدة العامة لا يتوقف على الاجتهاد بل يتأتى من كل قاض و كل مفت متى توفرت لهما أهلية التخريج و إدراك مقاصد الشرع.

فإذا كانت حادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلا ،كأن لم يتعرض لها الفقهاء،كالوقائع الحادثة و القضايا المعاصرة ،و وجدت القاعدة التي تشملها ،فيمكن عندئذ استناد الفتوى و القضاء إليها تخريجا عليها ،اللهم إلا إذا قطع أو ظن الفرق بين ما اشتملت عليه القاعدة و هذه المسألة الجديدة.

ـ و عليه فيمكن أن تكون القواعد الفقهية على شكل مواد قانونية تتخذ دستورا للقضاء على نحو ما كانت عليه مجلة الأحكام العدلية على عهد الدولة العثمانية مستندا للفتوى و القضاء.

([1]) قواعد الباحسين 288 – 290 . و انظر : تأسيس النظر ففيه طائفة من هذه الأصول.

الفصل السادس :

ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية

و فيه ما يلي:

المبحث الأول: تعريف الاستثناء

المبحث الثاني: أقسام الاستثناء

المبحث الثالث : بروز الاستثناء في القواعد الفقهية و أهم المؤلفات التي اعتنت به

المبحث الأول:

تعريف الاستثناء

الاستثناء أحد الأساليب الشائعة في اللسان العربي و له أركان ثلاث: المستثنى و المستثنى منه و أداة الاستثناء.

أ ـ الاستثناء لغة :

مصدر استثنى يستثني من الثني: و السين و التاء زائدان لا تفيدان معنى الطلب هنا، كما تفيدانه في بعض الأماكن.

و للثني في اللغة معان كثيرة :

منها: الصرف: تقول ثنيته عن حاجته إذا صرفته عنها.

و منه قول الأعرابي لراعي الإبل: (ألا واثن وجوهها عن الماء)[1]، أي أصرفها عنه. و جاء في الحديث: "من قال قبل أن يثني رجله " أي يصرفها عن وضعها التي كانت عليه في التشهد.[2] و المتكلم يصرف كلامه بالاستثناء عن صوبه الأول إلى مجرى آخر، فإن كان الكلام إثباتا جعله نفيا، و إن كان نفيا جعله إثباتا.

و منها العطف: تقول ثنيت الحبل إذا عطفت بعضه على بعض.[3]

و جاء في الشعر:

لعمرك أن الموت ما اخطأ الفتى   لما لطول المرخى و ثنياه باليد[4]

أي طرفاه المعطوفتان.

و يقال ثنيت الثوب فانثنى، و اثنونى، إذا عطفته فانعطف.[5]

و في الحديث: "من قال عقب الصلاة و هو ثان رجليه".[1] أي عاطف رجله في التشهد.

([1]) لسان العرب (ثنى) .

([2]) هو جزء من حديث رواه الترمذي عن أبي ذر أن النبي صلى ا عليه و سلم قال: "من قال في دبر صلاة الفجر و هو ثان رجليه قبل أن يتكلم: لا إله إلا ا وحده لا شريك له، له الملك و له الحمد يحيي و يميت و هو على كل شيء قدير عشر مرات كتب له عشر حسنات، و محي عنه عشر سيئات و رفع له عشر درجات و كان يومه ذلك كله في حرز من الشيطان و من كل مكروه، و لاينبغي لذنب أن يدركه في ذلك اليوم إلا الشرك با " سنن الترمذي كتاب الدعوات باب 64 رقم الحديث(3470).

([3]) لسان العرب.

([4]) لبيد لطرفة بن العبد في معلقته :الشعر والشعراء لابن قتيبة 77.

([5]) لسان العرب و القاموس المحيط للفيروزآبادي (ثنى).

و في الآية: "ألا إنهم يثنون صدورهم ليستخفوا منه"[هود: 5]:أي يعطفونها عليه استخفاء من ا .

ب ـ **تعريف الاستثناء اصطلاحا:**

عرفه الفخر الرازي بقوله: "الاستثناء: ما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه، و لا يستقل بلفظه و لا يستقل بنفسه". و عرفه أيضا بـ : "إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ" إلا "أو ما يقوم مقامها".[2]

و عرفه القاضي أبو يعلى رحمه ا بأنه: "كلام ذو صيغ محصورة تدل على أن المذكور فيه لم يرد بالقول الأول".[3]

و عرفه صدر الشريعة بـ: "المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام في حكمه بإلا و أخواتها".[4]

و قال ابن الحاجب: "إخراج بإلا و أخواتها'.[5]

فالإخراج جنس يشمل كل إخراج سواء كان بالاستثناء أو بغيره ،كان الغير متصلا كالشرط و الصفة و الغاية أو منفصلا.

و خرج عن هذا الجنس ما لا يفيد الإخراج كالاستثناء المنقطع ـ على رأي الجمهور ـ فلا يسمى استثناء حقيقة ،لأنه لا إخراج فيه لشيء ضروري أن المستثنى لم يكن داخلا.

و قوله بإلا:خرج به كل المخصصات سواء كانت متصلة أو منفصلة لأن الإخراج فيها ليس بإلا و نحوها بل بأمر آخر فلا يسمى واحد منها استثناء . و المراد بإلا و أخواتها في العمل و الحكم و هي خلا ،عدا،و حاشا،و سوى ،و ليس،و لا يكون.[6]

ج ـ **هل الاستثناء من النفي إثبات ، و العكس؟**

([1]) سبق تخريجه.

([2]) المحصول: 38/1

([3]) العدة للقاضي أبي يعلى: 659/2.

([4]) التوضيح:20/2.

([5]) المختصر:132/2.

[6] أصول الفقه لأبي النور زهير272/2- 273.

اتفق العلماء على أن المستثنى بإلا أو إحدى أخواتها لا يثبت له حكم المستثنى منه ،بل يكون خارجا عن هذا الحكم، و لكنهم اختلفوا :هل خروجه عن حكم المستثنى منه يقضي بثبوت نقيض هذا الحكم له و بذلك يكون الاستثناء من النفي إثباتا و من الإثبات نفيا أو لا يقضي بنقيض هذا الحكم؟

فقد اتفقوا على أن الاستثناء من الاثبات نفي.[1]

أما الاستثناء من النفي ، فذهب الجمهور إلى أنه إثبات و ذهب الحنفية إلى أن الاستثناء لا يكون إثباتا ، و جعلوا بين الحكم بالإثبات و الحكم بالنفي واسطة و هي عدم الحكم ؛ قالوا:فمقتضى الاستثناء بقاء المستثنى غير محكوم عليه لا بالنفي و لا بالاثبات.

و اختلف كلام فخر الدين الرازي فوافق الجمهور في المحصول و اختار مذهب الحنفية في تفسيره.[2]

قال الشوكاني في إرشاد الفحول:" و الحق ما ذهب إليه الجمهور ، و دعوى الواسطة مردودة ، على أنها لو كان لها وجه لكان مثل ذلك لازما في الاستثناء من الاثبات ، و اللازم باطل بالإجماع فالملزوم مثله. و أيضا نقل الأئمة عن اللغة يخالف ما قالوه و يرد عليه ، و لو كان ما ذهبوا إليه صحيحا لم تكن كلمة التوحيد توحيدا ، فإن قولنا :"لا إله إلا ا " هو استثناء من نفي. و قد استدل الحنفية بأن الاستثناء مأخوذ من قولك:" ثنيت الشيء" إذا صرفته عن وجهه ، و الاستثناء يزيل الحكم و يبقى المستثنى مسكوتا عنه غير محكوم عليه بنفي و لا إثبات. و استدلوا بـ"لا نكاح إلا بولي"[3] لا يلزم منه وجود النكاح عند وجود الولي ، و كذا "لا صلاة إلا بطهور"[4] لا تحقق الصلاة عند حضور الوضوء بل يدل على عدم صحتها عند عدم الوضوء".[5]

---

[1] انظر:البحر المحيط للزركشي301/3-302.

[2] انظر: المحصول للرازي56/1، و التفسير الكبير له أيضا 228/10.

[3] أخرجه أبو داود في سننه : كتاب النكاح ،باب في الولي . و الترمذي في جامعه و حسنه : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي، رقم 1101 . و ابن ماجه في سننه: كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي، رقم 1881.

[4] أخرجه أبو داود(رقم101) و ابن ماجه(رقم 399) كلاهما في:كتاب الطهارة ،باب التسمية على الوضوء من رواية أبي هريرة بلفظ " لا صلاة لمن لا وضوء له".

[5] إرشاد الفحول 537/2-538.

المبحث الثاني:
أقسام الاستثناء

يقسم العلماء الاستثناء إلى قسمين:

متصل:و هو ما كان المستثنى من جنس المستثنى منه ،مثل:رأيت القوم إلا محمدا.

منقطع:و هو ما كان المستثنى ليس من جنس المستثنى منه نحو:رأيت القوم إلا كلبهم.

و قد اتفق العلماء على أن الاستثناء حقيقة في المتصل و لكنهم اختلفوا في المنقطع هل هو حقيقة فيه أو مجاز على أقوال أربعة:

الأول:و هو المختار لجمهور العلماء:أن الاستثناء حقيقة في المتصل ،مجاز في المنقطع.

و دليلهم الاستعمال،فإنه شائع في المتصل حتى إذا أطلق يتبادر إلى الذهن أنه المقصود فكان حقيقة فيه ،فإذا استعمل في المنقطع تعين أن يكون مجازا.

القول الثاني:هو حقيقة في كل منهما لكنه لم يوضع لكل منهما استقلالا و إنما وضع للقدر المشترك بينهما ، و هو مخالفة ما بعد الأداة لما قبلها ، فهو مشترك معنوي كقوله تعالى : " و إذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس "و إبليس ليس من جنس الملائكة و الأصل في الاستعمال الحقيقة.

و قول الشاعر:

و بلدة ليس بها أنيس   إلا اليعافير و إلا العيس

و اليعافير و هي الحمر الوحشية ،و العيس و هي الإبل البيضاء التي يخالط بياضها شقرة ليس من جنس ما يؤنس و هو الإنسان.

القول الثالث :هو حقيقة في كل منهما و قد وضع لكل من المتصل و المنقطع بوضع مستقل ،فهو مشترك لفظي .و دليلهم أيضا الاستعمال فإنه جرى في المتصل و المنقطع على حد سواء ،و الأصل في الاستعمال الحقيقة ،فبطل القول بأنه مجاز.

القول الرابع:الوقف لتعارض الأدلة و لا مرجح.[1]

و هكذا نجد أن هذه التعريفات تشترك في أن الاستثناء إخراج للمستثنى مما أخبر به عن المستثنى منه و إن اختلفت بعض عبارات الأصوليين في ذلك و الملاحظ أن الأداة المستعملة دوما في كتب القواعد الفقهية عند التعرض للاستثناء هي "إلا" دون غيرها من أدوات الاستثناء المعروفة.

فيذكر المؤلف القاعدة ثم يقول:" إلا في المسألة كذا " أو" المسائل...." هذا في المتقدمين أما في كتب المعاصرين أمثال الشيخ الدكتور البورنو في موسوعته فهو يذكر القاعدة و ما يتفرع عليها من مسائل ثم يفرد عنوانا خاصا بما استثني من القاعدة من مسائل قبول: "المستثنيات" و كذا الشيخ الزرقا في شرحه للقواعد: يأتي بالقاعدة ثم الشرح ثم التطبيق ثم الاستثناء مفردا لكل ذلك بعنوان خاص.

[1] أصول الفقه لأبي النور زهير 270- 271.

المبحث الثالث :

الاستثناء في القواعد الفقهية و أهم المؤلفات التي اعتنت به

المطلب الأول : نشأة الاستثناء:

ورد الاستثناء في كلام العرب شعره و نثره و في القرآن الكريم، و اهتم به علماء اللغة، و الفقهاء و الأصوليون.

أما اللغويون فلأنه باب عريض من صميم اختصاصهم من أبواب اللغة و قد توسعوا في معالجة أقسامه و أنواعه و كل ما له صلة بهذا الباب.

أما الأصوليون فلأن القواعد الأصولية ناشئة عن الألفاظ العربية و ما يعرض لها كما سبق أن بيناه.[1] و بهم يتأثر الفقهاء في بناء الأحكام الفقهية الفرعية.

فقد اختلف العلماء مثلا فيما إذا جاء الاستثناء بعد جمل متعاطفة هل يعود الاستثناء إلى جميع ما ذكر قبل أداة الاستثناء "إلا" أم يعود إلى الجملة الأخيرة فقط. و هي قاعدة عند علماء الأصول تعرف بالتخصيص بالاستثناء..[2]و هكذا.

أما الاستثناء في القواعد الفقهية فهو إخراج لمسألة أو أكثر، أو صورة أو أكثر كما عبر عنها بعضهم من حكم القاعدة إذ لا تشمله ضمن فروعها لسبب من الأسباب التي سنبينها في حينها.

و قد وجد الاستثناء بوجود القواعد و نشأ بنشأتها للزوم وجود المستثنيات من القواعد و حرص العلماء على تبيين الفروع الداخلة تحت تلك القاعدة و التي تخرج عنها و لعل في قول سيدنا عمر رضي ا عنه لسيدنا أبي موسى الأشعري: [3]"أعرف الأمثال و

([1]) انظر مبحث الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية السالف الذكر.

([2]) انظر أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى الخن:ص 235 و ما بعدها.

([3])تقدم

الأشباه ثم قس الأمور عندك" إشارة إلى أن من الأمثال و الأشباه ما يخالفها في الأحكام لمدرك خاص به و هذا الخارج هو المستثنى و لذلك قال: "ثم قس الأمور عندك فاعمد إلى أحبها إلى ا و أشبهها للحق".

المطلب الثاني : أهم المؤلفات التي اعتنت بالاستثناء:

عند التعرض لبحث المؤلفات التي اعتنى مؤلفوها بذكر المستثنيات في القواعد الفقهية نميز بين مجموعتين:

الأولى: من يذكر المستثنيات عرضا أو تبعا لذكر القواعد: و المقصود من المؤلف هو ذكر القواعد أو الضوابط ثم ذكر ما يستثنى منها كتنبيه على خروج هذه المسائل من القاعدة و ربما لم يستقصوها. و هذا هو الاتجاه الموجود في كتب القواعد الفقهية بوجه عام فإنهم يذكرون القاعدة و ما يندرج تحتها من فروع فقهية ثم يستثنون بعض المسائل أو الصور كما يعبر عنها السيوطي. فيقول في القاعدة الأولى:" الأمور بمقاصدها و خرج على هذا الأصل صور:

من عزم على معصية و لم يفعلها أو لم يتلفظ بها لا يأثم لقوله صلى ا عليه و سلم: (إن ا تجاوز عن أمتي ما حدثت بها نفوسها ما لم تتكلم أو تعمل به)[1]..."[2].

و قد يكون بعض ما أخرجه في الأشباه كقوله :"خرج عن هذه القاعدة ..الخ.."الخروج الذي يراد بالاستثناء المنقطع.فإنه يراد به أن لا يكون داخلا في صدر الكلام أصلا ،و قد يراد منه الدخول في صدر الكلام و بالاستثناء لم يخرج عن عين الحكم ،بل خالف ما قبله في أن له حكما آخر كقوله تعالى : (و أن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف)أي الجمع بين الأختين الذي سلف داخل في الحرمة ،لكنه غير مخرج من حكم صدر الكلام و هو الحرمة،لأنه حرام أيضا،لكنه أثبت فيه حكما آخر و هو أنه مغفور،و حمل الخروج هنا على المعنى الأول.[3]

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب الطلاق،باب الطلاق في الإغلاق و الكره..،رقم5269.

[2] الأشباه و النظائر 25.

[3] انظر شرح المجلة لخالد الآتاسي:ص111.

و أحيانا يضع بعضهم عنوان "الفائدة"،كما يفعل ابن نجيم في أشباهه و العلامة أبو بكر الحصني في قواعده ، مثل قول هذا الأخير " فائدة : فيما يستثنى من القواعد المستقرة إما للضرورة أو الحاجة الماسة و فيه صور : منها استعمال الماء في الحدث سالبا لطهوريته ، و ملاقاة الماء القليل للنجاسة سالبا للطهارة. لكن استثني من تلك ما قبل الانفصال عن العضو و عن الترب المغسول إذ لولا ذلك لما تصور رفع حدث و لا إزالة نجاسة".[1]

و كذا ابن نجيم في أشباهه يقول في قاعدة اليقين لا يزول بالشك:" الفائدة الأولى يستثنى منها مسائل: المستحاضة المتحيرة يلزمها الاغتسال لكل صلاة و هو الصحيح..." ثم يذكر بقية المسائل المستثناة.

و ربما أتى بها بعضهم من خلال مناقشة المسائل المتفرعة عن القاعدة كما يفعل المقري في قواعده فيقول مثلا في القاعدة الخمسون من قواعده:

"أصل النجاسة الاستقذار؛ فما خرج إلى ضد ذلك منها فقد خرج بالكلية عنها كالمسك فإنه خارج[2]، و العنبر عند من يرى نجاسة الأرواث مطلقا كالشافعية..."[3]

و دون تعرض لتعليل ذلك أو ذكر لسبب لهذا الاستثناء إلا إشارات نادرة و رغم ذكر هؤلاء للمستثنيات فمستثنياتهم قليلة بل لا يستثنون من بعض القواعد أحيانا. و غيرهم ممن ألف في هذا المجال كابن الوكيل و ابن رجب يذكرون القواعد مجردة عن الاستثناء.

الثانية: من ألف في الاستثناء في القواعد الفقهية أصالة: و هو المقصود من هذا المبحث: فهذه كتب قليلة جدا إذا قيست بما ألف في القواعد الفقهية عموما، و هذا إن دل على شيء إنما يدل على عدم التفات هؤلاء العلماء إلى هذه الجزئية في القواعد ،و جل من ألف في هذا الباب إنما يذكرون ذلك مع الفروق الفقهية و مرد ذلك فيما أرى إلى أمرين:

([1]) قواعد الندوي 242.

([2]) المسك أصله دم و الدم معلوم أنه نجس و لكن لأنه خرج عن الاستقذار فيحكم بطهارته (المحقق).

([3]) قواعد المقري ص272 تحقيق أحمد بن عبد ا بن حميد.

أ- ما ذكرناه في بداية هذا البحث من اهتمام العلماء و صب جام جهدهم على تقعيد القواعد، جمع ما يندرج تحتها من جزئيات دون التركيز على مستثنياتها لقلتها، لأن الأصل في القواعد عموما كليتها و أن الاستثناء فيها شاذ.

ب- أنها بحثت ضمن الفروق الفقهية، لأنها تعد واحدة من صورها ذلك أن المستثنى يفترق عما استثني منه في الحكم.

يقول الدكتور يعقوب الباحسين:" ذكر الاستثناء ضمن كتب الفروق الفقهية" يعرض كيفية تعرض مؤلفها لذلك:

بعد التعرض إلى قواعد و ضوابط الباب الفقهي، ثم ذكر ما يستثنى من الدخول في تلك الضوابط و القواعد، و لا يتعرض إلى بيان وجه الفرق إلا في مسائل محدودة من ذلك يوردها على هيئة اعتراض و جواب و الكتب المؤلفة وفق هذا المنهاج يرد في عنوانها ذكر الفرق و الاستثناء كما في كتاب البكري الاستغناء في الفرق و الاستثناء...أما الفروق فكان التعرض إليها كما سبق الكلام غير كثير، و الذي نقصده من ذلك هو بيان وجه الفرق أو علله و أسبابه. و إلا فإن الاستثناء نفسه يعني الاختلاف، و افتراق ما استثني عما استثنى منه في الكم".[1]

أهم الكتب التي اعتنت بالاستثناء:

1. المناقضات في الحصر و الاستثناء لأحمد بن الحسين الفنّاكي (ت448هـ).

و هي تسمية تعبر عن هذا النوع من التأليف بما هو أقرب إلى تصويره من تعبير الفرق و الاستثناء.

قال ابن الصلاح: "رأيت له كتاب "المناقضات" و مضمونه الحصر و الاستثناء، شبه موضوع تلخيص ابن القاص (ت335)".

و من أمثلته ما ذكره السبكي في طبقاته قال: و فيه يقول الفناكي: من اشترى شيئا شراء صحيحا لزمه الثمن إلا في مسألة واحدة و هي المضطر يشتري الطعام بثمن معلوم، فإنه لا يلزمه الثمن، و إنما تلزمه القيمة. ذكره أبو علي الطبري و احتج بأن النبي صلى ا عليه و سلم نهى عن بيع المضطر.[2]

([1]) الفروق الفقهية و الأصولية 81-82

([2]) طبقات الشافعية لابن الصلاح7/3 عن الفروق الفقهية و الأصولية.

غير أن الكتاب غير موجود بين أيدينا اليوم مطبوعا أو مخطوطا.
2- الاستغناء في الفرق و الاستثناء لبدر الدين محمد بن أبي بكر بن البكري الشافعي توفي في أوائل القرن التاسع الهجري.
و يعتبر أوسع الكتب ذكرا للمستثنيات فعنوانه يدل على أنه وضع للاستثناء و لقد وفى بما وضع كتابه له.

رتبه مؤلفه على أبواب الفقه مبتدئا بكتاب الطهارة و منتهيا بكتاب أمهات الأولاد.
و في كل باب يقدم له بعرض أركانه و شروطه، ثم يذكر ما فيه من ضوابط مطلقا عليها اسم القواعد، ثم يذكر ما يستثنى منها مبينا عدد مستثنياتها؛ فيقول إلا في مسألة أو مسألتين و إن كان جمعا قال في مسائل، فإن وجد خلال عرضه للأحكام ما يثير وجه افتراق بين مسألتين يبينُه غير أن التنبيه عن الفروق كان قليلا رغم ذكر ذلك في العنوان و مقارنة بحجم الكتاب و ما تضمنه من ثروة فقهية عظيمة مما حوته من الفروع الفقهية تدل على ما امتلكه مؤلفه من باع طويل و اطلاع واسع و حفظ للمسائل الفقهية و موهبة نادرة في مظان المسائل الفقهية و ذكر لاختلاف الأقوال و غزوها لأصحابها فهو كما قال عنه محققه "و لهذا يعتبر هذا الكتاب كتاب أقوال و طرق، و وجوه و أقوال شاذة أو غريبة و حتى الأقوال الضعيفة في المذهب".[1]
إضافة إلى الحشد الهائل من المستثنيات التي ذكرها إذ لم أجد في الكتب الموجودة بين أيدينا اليوم من ذكر لمؤلف حوى من المستثنيات ما حواه الاستغناء".
و هو مع ذلك على غرار من ألف في القواعد من المتقدمين أغلب ما جاء في الكتاب من الضوابط، بل كثير منها أحكام جزئية، و قد يطيل في تفسير حكم جزئي و عرض لأحكام ثم يسمي هذا قاعدة. مثل قوله في كتاب الصلاة في القاعدة الحادية و العشرين:" يستجيب للإمام أن يخفف الصلاة من غير ترك الأبعاض و الهيئات. و هي التشهد الأول و قعوده و الصلاة على النبي صلى ا عليه و سلم فيه و الصلاة على آله في التشهد الأخير، و القنوت و القيام. فإن رضي القوم التطويل و كانوا محصورين فلا بأس".[2]

([1]) الاستغناء في الفرق و الاستثناء مقدمة المحقق، ص16.
([2]) لمعرفة المزيد عن هذا المؤلف انظر مقدمة المحقق الدكتور سعود الثبيتي 87-89/ج1.

كيفية عرضه للمستثنيات:

كان رحمه ا تعالى يذكر المستثنيات سواء كان المستثنى، لا خلاف فيه، أو كان تفريعا على الراجح، أو على المرجوح، و قد يكون التفريع على قول ضعيف أو شاذ أو غريب و أحيانا على قول عالم واحد.[1]غير أن هذه المستثنيات المذكورة كانت عارية عن أي شرح أو ذكر لسبب هذا الاستثناء.

ما عدا هذين الكتابين كان تناول الاستثناء من الأحكام أو القواعد يرد تبعا، و لم يكن من أهداف المؤلفين ذلك. و هذه ظاهرة موجودة، كما ذكرنا، في سائر كتب القواعد و الضوابط الفقهية و قد ذكر بعضهم ضمن هذا النوع من التأليف، كتاب "التلخيص" لأبي العباس ابن القاص (ت335هـ) .و هو في واقعه كتاب في الفقه موجز. لكنه كبير الفائدة، حسن التأليف دال على دقة مؤلفه و حسن نظره، و هو كثيرا ما يذكر الضوابط و الأحكام ثم تتبع ذلك بما يستثنى منها، و بهذا شبه به كتاب (المناقضات) للفناكي.[2]

و مثله كتاب القواعد في فروع الشافعية للشيخ عيسى بن عثمان الغزي (ت799هـ) فقد ذكره صاحب كشف الظنون ضمن الكتب التي اختصت بذكر الفرق و الاستثناء.

و قال: أنه يذكر القاعدة و ما يستثنى منها، و أدخل فيها ألغاز الإسنوي و زاد عليها[3].

يقول الدكتور الباحسين: "غير أن مثل هذا الاتجاه يؤدي إلى إضاعة ما بين الأنواع من الفواصل و الحدود، و يدخل عشرات الكتب في هذا النطاق، و في ذلك من التساهل ما فيه.[4]

([1]) نفس المصدر السابق.

([2]) الفروق الفقهية و الأصوليين 110 نقلا عن طبقات الشافعية لابن الصلاح 1/ 339.

([3]) كشف الظنون 1359/2).

([4]) الفروق الفقهية و الأصولية 110.

الباب الأول

الاستثناء في القواعد الفقهية و أسبابه من الأدلة المتفق عليها

و فيه ما يلي:

تمهيد

الفصل الأول : الاستثناء بسبب النص

الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الإجماع

الفصل الثالث: الاستثناء بسبب القياس

تمهيد:

لقد تبين فيما قررناه في مطلع البحث أن الفقهاء لما أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط و جامع لمسائل كثيرة ،لم يغفلوا مسألة كلية القاعدة أو أغلبيتها ،إنما اعتبر المحققون من العلماء أن الاستثناء و عدم الاطراد لا ينقص من كلية القاعدة و لا يقدح في عمومها، بل هو شأن كل القواعد الاستقرائية ،و هي صحيحة و إن تخلف عنها بعض جزئياتها و الواجب على الفقيه اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها و بالعكس.

و الذي يفقد القاعدة كليتها ويسلب منها بعض جزئياتها أسباب أقوى مؤثرة و معتبرة عند الفقهاء تعارض حكم تلك القاعدة في هذه الجزئية فتخرجها منها و تعطيها حكما مخالفا يحقق مقصود الشرع بلا شك ، و قد تكون بحكمها الجديد أنسب بالدخول تحت قاعدة أخرى.

يقول الشيخ خالد الآتاسي في شرح المجلة في هذا المعنى توضيح مسألة الاستثناء في القاعدة الفقهية:

" إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط و جامع لمسائل كثيرة، و تلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل و فهمها في بادئ الأمر لكن ربما يعارض فروع تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولا بها عن سنن القياس إما بالأثر كالسلم و الإجارة في بيع المعدوم،و إما بالإجماع كالاستصناع ،و إما بالضرورة كطهارة الحياض و الآبار،و إما بالقياس الخفي المعبر عنه بالاستحسان و هو ما قوي أثره يقدم على القياس الجلي".[1]

و فيما يلي نفصل القول في هذه الأسباب ـ أي أسباب الاستثناء من القواعد الفقهية ـ مشفوعا بمسائل تطبيقية توضح كيفية خروج تلك المسائل عن حكم قواعدها مع ذكر آراء الفقهاء في كل مسألة و آثرت أن أتناول القسم الأول منها و هو الاستثناء بسبب الأدلة المتفق عليها في هذا الباب أما القسم الثاني و هو الاستثناء بسبب الأدلة المختلف فيها فنتناوله في الباب الثاني.

---

[1] شرح المجلة 11/1- 12.

الفصل الأول :

الاستثناء بسبب النص

و فيه ما يلي:

المبحث الأول : النص:تعريفه،أقسامه،حجيته

المبحث الثاني :مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص

المبحث الأول :

النص

المطلب الأول : التعريف بالنص:

أ ـ لغة:

النص في اللّغة: رفع الشّيء، من نص الحديث نصا؛ رفعه.

ومنه قول عمرو بن دينار:"ما رأيت رجلا أنص للحديث من الزهري"؛أي أرفع له وأسند وهو مجاز.

وأصل النّص: رفعك الشيء.

قالوا: وكل شيء أظهرته فقد نصصته.

ومنه حديث هرقل كما في النهاية: ينصكم[1]؛ أي يستخرج رأيكم ويظهره.

وقال الشاعر:

أنص الحديث إلى أهله   فإن الأمانة في نصه

ونص العروس: أي رفعها على المنصة.

والنّص أيضا التحريك حتّى يستخرج أقصى سير النّاقة.

ومنه نصت الدابة في السير إذا أظهرت أقصى ما عندها.[2]

ب ـ اصطلاحا:

يختلف مدلول النص باختلاف أهل الفن فمعناه عند الفقهاء غيره عند غيرهم ففي عرف الأصوليين يطلق بإطلاقين بيانهما فيما يلي:

1- ذكر الغزالي أن النّص مشترك يطلق على ثلاثة أوجه:

الأول: وهو الأشهر: ما لا يتطرق إليه احتمال أصلا"كالخمسة"مثلا فإنّه نص في معناه لا يحتمل شيئا آخر. فكلما كانت دلالة اللّفظ على معناه بهذه الدرجة سمي بالإضافة إلى معناه نصا في طرفي الإثبات والنفي، أعني في إثبات المسمى ونفي ما لا يطلق عليه الاسم.

---

[1] النهاية4/ 148.

[2] القاموس المحيط 816 مادة نص. انظر لسان العرب في نفس المادة – المصباح المنير168.

الثاني: ما لا يتطرق إليه احتمال مقبول يعضده دليل.

الثالث: ما أطلقه الشافعي من تسمية الظاهر نصا وهو منطبق على اللّغة ولا مانع منه في الشّرع فالنّص على هذا، هو الّذي يغلب على الظّن فهم معنى منه من غير قطع. فيكون هو والظاهر سواء.[1]

2- هو كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة سواء كان ظاهرا أو نصا أو مفسرا، حقيقة أو مجازا عاما كان أو خاصا لأن عامة ما ورد من صاحب الشّرع نصوص.

و قد أشار إلى هذا الإطلاق ابن حزم في كتابه الإحكام حيث قال:"الأصول التي لا يعرف شيء من الشّارع إلا منها أربعة هي:

نص القرآن ونص كلام رسول ا صلّى ا عليه وسلّم الّذي هو إنما عن ا تعالى مما صح عنه عليه السلام وثقه الثقات والتواتر وإجماع جميع الأمة ودليل منها لا يحتمل إلاّ وجها واحدا".[2]وهذا المعنى هو المراد عند الفقهاء.

ومن الواضح أننا نريد النص بهذا الإطلاق الثاني وهي الآيات والأحاديث الدالة على الأحكام من كتاب ا وسنة رسوله صلّى ا عليه وسلّم وهي ما يقابلها الإجماع والقياس ولا علاقة لنا بمفهوم النص المقابل للظاهر في دلالات الألفاظ.

ومن أمثلة النص قوله تعالى: " وأحلّ ا البيع وحرم الربا".

وقوله تعالى: " فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع". فإنه نص في بيان العدد الحلال من النساء وقصر على هذا العدد.

المطلب الثاني :أقسامه:

أولا:الكتاب:

أ- **تعريفه لغة:**

كتب كتبا أو كتابا: خطّ .

والكتاب: ما يكتب فيه والصحيفة والكتبة أن تكتب أو تنسخ كتابا.

---

[1] المستصفي 384.

[2] الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم

وكتب:جمع ، ومنه الكتيبة : الجماعة. وقد سمي الكتاب كتابا لما كتب فيه، ولأنه صحف قد
جمعت.[1]

ب – تعريفه اصطلاحا:

هو اللّفظ المعجز الموحى به إلى محمد صلّى ا عليه وسلّم، المتعبد بتلاوته المنقول إلينا بالتواتر.[2]

ج- حجية الكتاب:

إن أصل الشّرع كلّه هو الكتاب المنزل لأنه كلام ا تعالى وحده، وإليه تعود المصادر الأخرى، ولا يجوز لأحد أن يتجاوزه ويتعدى حدوده، بل يجب المحافظة عليه تعلّما وعملا بحيث تعقّل معانيه ومراميه فهو الحاوي لكليات الشريعة ومقاصدها وأحكامها المتعبد بها.

يقول الشاطبي رحمه ا في هذا المعنى:" فإذا نظرنا إلى رجوع الشريعة إلى كلّياتها المعنوية وجدناها قد تضمنها القرآن على الكمال وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات ومكمل كل واحد منها وهذا كلّه ظاهر، وأيضا فالخارج من الأدلّة عن الكتاب والسنة و الإجماع والقياس وجميع ذلك إنّما نشأ عن القرآن وقد عد الناس قوله تعالى:" لتحكم بين الناس بما أراك ا "النساء 105 ،متضمنا للقياس، وقوله: " وما آتاكم الرسول فخذوه" الحشر7، متضمنا للسنة، وقوله: " ومن يتّبع غير سبيل المؤمنين" النساء 115 ، متضمنا للإجماع وهذا أهم ما يكون".[3]

ثانيا:السنة:

أ ـ تعريفها لّغة:

السنة لغة ما قد يتّخذه الإنسان لنفسه من طريقة في الحياة بقطع النظر عن كونها محمودة أو مذمومة وهي المعنى المراد من " السنن" في قوله تعالى:" قد خلت من قبلكم

---

[1] الفيروز آبادي/القاموس 165.

[2] مباحث الكتاب والسنة 13 و انظر نشر البنود للشنقيطي 79/1.

[3] الموافقات 3/ 275.

سنن فسيروا في الأرض، فانظروا كيف كان عاقبة المكذبين". آل عمران137.
وهو المراد من قوله عليه الصلاة والسلام " من سن سنة حسنة فله أجرها، وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة".[1]
ومما يجدر ملاحظته أن السنة لا يعبر بها في اللّغة عن الطريق الحسي الّذي يسلكه الإنسان في الأرض، وإنّما يعبر بها عن الطّريقة المعنوية التي هي رديف المبدأ أو المنهاج.[2]

ب ـ تعريفها اصطلاحا:

للسنة عند أهل الشرع جملة من الاستعمالات، فهي عند الأصوليين:" ما صدر عن النّبي صلّى ا عليه وسلّم من قول أو فعل أو تقرير" وجرى الخلاف في الوصف.
أما عند الفقهاء: فهي" ما واضب على فعله النبي صلّى ا عليه وسلّم مع ترك ما بلا عذر"، أو هي" كل حكم شرعي يترتب عليه ثواب ولا يستلزم تركه عقاب".[3] وبهذا المعنى فهو حكم من أحكام التكليف . على أن من علماء الشريعة الإسلامية من يطلقون السنّة على الطريقة التي أثرت عن النبي صلّى ا عليه وسلّم أو من خلفائه الراشدين وصحابته الكرام في مختاف شؤون الحياة ، وإنّما يقابلها بهذا المعنى البدعة ، وهي كل ما ابتدع واستحدث في الدين ، مما لا يعهد في حياة النّبي عليه الصلاة والسلام ولا في عهد خلفائه الراشدين، فتكون السنة بهذا المعنى أقرب إلى مدلولها اللّغوي العام من اصطلاحها الشرعي.

ج– حجية السنة المطهرة ومرتبتها من القرآن الكريم:

لقد أطال العلماء في بيان مرتبة السنة من القرآن من حيث حجيتها ودلالتها على الأحكام الشرعية، وانتهى أكثرهم إلى أن السنة إنما تأتي في الدرجة الثانية بعد كتاب ا واستشكل بعضهم أن هذا الترتيب يتنافى مع ما هو ثابت من أن أكثر السنّة إنّما جاء

---

[1] أخرجه مسلم في صحيحه:كتاب الزكاة ،باب الحث على الصدقة،من حديث ابن جرير رقم2351 .و الترمذي في سننه:كتاب العلم،باب فيمن دعا إلى هدى فاتبع رقم2675 و قال:حديث حسن صحيح بلفظ من سن سنة خير...
[2] لسان العرب مادة سنن 225/13.
[3] انظر مختصر المنتهى لابن الحاجب 18/2، إرشاد الفحول 151/1،مباحث الكتاب و السنة 25.

بيانا لما في القرآن فهي تعد بذلك قاضية عليه، والإشكال الثاني أن هذا الترتيب لو صح لوجب على المجتهد ترك السنة كلما ظهر له تعارض مع القرآن.

ولرفع هذا اللبس الواقع لابد من الرجوع إلى ما ذكرناه من قبل من المعنى في كون القرآن هو المصدر الوحيد في الحقيقة للأحكام الشرعية، والأخذ منه إنما يكمل في الخضوع لأوامره و نواهيه ويكون أيضا بالرجوع إلى الموازين التي أمرنا بالرجوع إليها وأولها السنة ثم الإجماع ثم القياس...الخ. فالأخذ بالسنة ليس واجبا إلاّ من حيث أن القرآن أوجبه و كذا سائر المصادر الأصلية والفرعية الأخرى ، لقوله تعالى:" من يطع الرسول فقد أطاع ا "، النساء 8 ، وقوله:" وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" الحشر 7، "وأنزلنا إليك الذّكر لتبين للناس ما نزل إليهم"، النحل 44 ،إلى آخر ما هنالك من الآيات القاطعة الدلالة على أن السنّة ترجمان القرآن وشرحه الّذي لا ينفك عنه وفي هذا المعنى يقول الشافعي ـ رحمه ا ـ:" فمن قبل عن رسول ا عليه الصلاة و السلام فعن ا قبل".[1]

د- استقلال السنة بالتشريع :

اتّفق من يعتد به من أهل العلم على أن السنّة المطهرة مستقلة بتشريع الأحكام و أنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام وتفصيل الأحكام وقد ثبت عنه صلّى ا عليه وسلّم أنه قال:" ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه" أي أوتيت القرآن، وأوتيت مثله من السنة التي لم ينطق بها القرآن وذلك كتحريم لحوم الحمر الأهلية وتحريم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير. والجمع بين البنت وخالتها والبنت وعمتها، وتفصيل أحكام الصلاة وغير ذلك مالا يأتي عليه الحصر.

قال الأوزاعي: " الكتاب أحوج إلى السنة من السنة إلى الكتاب".

وقال ابن عبد البر: " أنها تقضي عليه وتبين المراد منه".

والحاصل أن ثبوت حجية السنة المطهرة واستقلالها بالتشريع ضرورة دينية ولا يخالف في ذلك إلا من لاحظ له في دين ا ".[2]

وإذن فليس من مستلزمات هذا الترتيب البتة إهمال السنة كلما قام مظهر من

---

[1] الرســـالة 78.

[2] عن إرشاد الفحول 1/151-157 بتصرف.

تعارض بينهما ؛ لأن التعارض الحقيقي بين القرآن والسنة الصحيحة الثابتة منفي بالدليل العقلي و النقلي ، فبقي معنى التعارض ـ إن وجد ـ محصورا في مظهر يوهم ذلك ، أو في حالة لم يتأكد فيها من ثبوت السنة، وقد تولّى العلماء تفصيل ذلك في مواضعه مما يطول عرضه في هذا البحث.

المطلب الثالث : لا اجتهاد مع النص:

قال تعالى:" وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى ا ورسوله أ مرا أن تكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص ا ورسوله فقد ضلّ ضلالا مبينا". الأحزاب36.

ويقول تعالى:" يا أيها الّذين آمنوا لا تقدموا بين يدي ا ورسوله واتقوا ا إن ا سميع عليم ". الحجرات.

ونهى أن يقول أحد هذا حلال وهذا حرام لما لم يحرمه ا ورسوله وأخبر أن فاعل ذلك مفتر على ا الكذب فقال:" ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على ا الكذب، إن الّذين يفترون على ا الكذب لا يفلحون متاع قليل ولهم عذاب أليم". و الآيات في هذا المعنى كثيرة.

ومن السنة في الصحيحين من حديث ابن عباس أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك ابن سحماء عند النبي صلّى ا عليه و سلّم فذكر حديث اللعان إلى أن قال: فجاءت به على النعت المكروه. فقال النبي صلّى ا عليه وسلّم:" لولا ما مضى من كتاب ا لكان لي ولها شأن" [1]، يريد ـ وا أعلم بكتاب ا ـ قوله تعالى:" ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات با ....." ويريد بالشأن- وا أعلم ـ أنه كان يحدها لمشابهة ولدها للرجل الّذي رميت به ولكن كتاب ا فصل الحكومة وأسقط كل قول وراءه ولم يبق للاجتهاد بعده موقع.

و من أقوال العلماء في العمل بالنّص:

و هي من الكثرة بحيث لا يمكن حصرها لكننا نكتفي بذكر جملة منها :

قال الشافعي: أخبرني من لا أتهم عن ابن أبي ذئب قال: " أخبرني مخلد ابن خفاف

---

[1] رواه الجماعة إلا مسلما و النسائي:البخاري(كتاب التفسير /سورة النور رقم 4747)، أبو داود 2254، الترمذي3179، ابن ماجه2067،أحمد239.

قال: ابتعت غلامه فاستغللته، ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه إلى عمر بن عبد العزيز فقضى لي برده وقضى علي برد غلّته فأتيت عروة فأخبرته فقال:" أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول ا قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت إلى عمر فأخبرته بما أخبرني به عروة عن عائشة عن رسول ا صلّى ا عليه وسلّم فقال عمر: ما أيسر هذا علي من قضاء قضيته: اللّهم إنك تعلم أني لم أرد فيه إلا الحق، فبلغتني فيه منه عن رسول ا صلّى ا عليه وسلّم فأرد قضاء عمر وأنفذ سنة رسول ا فراح إليه عروة، فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به علي له.[1]

وقال الشافعي: أجمع الناس على أن من استبانت له سنة رسول ا صلّى ا عليه وسلّم لم يكن له أن يدعها لقول أحد من الناس. وقال: كل مسألة تكلمت فيها صح الخبر فيها عن النبي صلّى ا عليه وسلم عند أهل النقل بخلاف ما قلت فأنا راجع عنها في حياتي وبعد موتي". ومثله روي عن باقي الأئمة.

ثم يقول ابن القيم بعد سرد ما جاء في هذا الصدد من كتاب ا وسنة رسوله الكريم وأقوال العلماء:"وهذا هو الواجب على كل مسلم إذ اجتهاد الرأي إنما يباح للمضطر كما تباح له الميتة والدم عند الضرورة فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن ا غفور رحيم".[2]

---

[1] انظر تخريجه عند التعرض لقاعدة الخراج بالضمان.

[2] إعلام الموقعين 282/2 وما بعدها.

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في **الاستثناء بسبب النص**

المطلب الأول : المثال الأول : قاعدة "الخراج بالضمان" :

1 ـ شرح القاعدة:

الخراج : هو الغلّة التي تحصل عنها من الشيء، كمنافع الأشياء وأجرة الدابة.

الضمان : هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير، فقد عرفه ابن عرفة:

"الضمان شغل ذمة أخرى بحق".

و هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف[1]،وقد ورد هذا الحديث في حادثة خلاصتها أن شخصا اشترى عبدا واستغلّه زمانا ثم وجد فيه عيبا قديما، فخاصم البائع إلى رسول ا عليه الصلاة والسلام فقضى برده على البائع فقال:يا رسول ا إنه قد استغل غلامي فقال رسول ا صلّى ا عليه وسلّم:"الخراج بالضمان".

ومعناه : أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان:أي تحمل تبعة الهلاك ، فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك ، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة.

والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر هو ما كان غير متولد، وذلك كالمنافع والأجرة على أن يكون مستند إلى حالة مشروعة كالشراء وفقا لما يدل عليه مورد الحديث.

فإن كان الضمان جزائيا بسبب غير مشروع كالغصب فإنه لا يبيح للضمان خراج الشيء المضمون،ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وإن كان ضامنا له.

---

[1] الحديث سبق تخريجه.

أما الزوائد المتولدة كولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر فإنها تحكم فيها قاعدة شرعية أخرى تجعلها لمالك أصولها المتولدة منه دون نظر إلى الضمان وعدمه لأنها أسباب الملكية المتولدة من المملوك،ولذاك إذا ولدت الدابة المغصوبة عند الغاصب فولدها للمالك لا للغاصب مع أن ضمان هلاكها على الغاصب.وكذا لو ولدت الدابة المبيعة عند البائع قبل تسليمها للمشتري فولدها للمشتري.

وليس للبائع أن ينتفع بها أو يؤجرها مع أن ضمان هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري هو على البائع.

ولهذا التفسير للخراج وحالة ارتباطه بالضمان لا تكون مثل هذه الأحكام مشكلة على القاعدة ومستثناة منها لأنها خارجة عن المعنى المقصود بنص الحديث.[1]

2ـ الاستثناء: " حديث المصراة".[2]

قاعدة" الخراج بالضمان" عامة لا يستثنى منها إلا ما ثبت بالنّص لذلك يسري حكمها على كل مشمولاتها من الجزئيات المندرجة تحتها إلا المصراة فإنّها إذا ردت للبائع ردت و معها صاع من تمر لورود الحديث في ذلك وهو قوله صلّى ا عليه وسلّم من حديث أبي هريرة: " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر" متفق عليه.[3]

وليس معنى ذلك أن حديث " الخراج بالضمان" محمول على حديث المصراة بل هو عام كما تقدم لا يستثنى منه إلا هذه الجزئية بدليل أن الرجل إذا اشترى بقرة و وجد بها عيبا غير التصرية ، فله أن يردها بالعيب ولا شيء عليه فيما استفاده من خراجها"[4].

وهكذا كل مبيع يريد أن يرده المشتري، فهو له الحق بالرد واسترجاع ثمنه دون أن

---

[1] المدخل الفقهي العام 1036/2.

[2] التصرية: جمع اللبن في الضرع، صرى الشاة، وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف وصرى الماء في الحوض، وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع.

قال البخاري: أصل التصرية: حبس الماء:" يقال صريت الماء وتسمى المصراة محفلة ومنه سميت مجامع الناس محافل وجاء في الحديث: "بيع المحفلات خلابة والخلابة لا تحل لمسلم" رواه ابن عبد البر. نقلا عن المغني 252/4.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب البيوع،باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل و البقر و الغنم،رقم2148.و مسلم في صحيحه:كتاب البيوع ،باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه..و تحريم التصرية رقم3715.

[4] المغنى لإبن قدامة 255.

يكون عليه أي شيء مقابل خراج المبيع المعين، فالصاع إذا يكون عوضا عن الخراج في حالة التصرية فقط.

وقد اتّفق العلماء على العمل بقاعدة " الخراج بالضمان" واختلفوا في حكم استثناء المصراة فقد استثنى الجمهور القاعدة بنص الحديث وخالفهم الأحناف وإليك تفصيل ذلك.

مذهب الجمهور:

قال ابن رشد:" التصرية عند مالك والشافعي عيب وحجتهم حديث المصراة المشهور، قالوا فأنبت له الخيار بالرد مع التصرية،وذلك دالّ على كونه عيبا مؤثرا،قالوا: وأيضا فإنه مدلس فأشبه التدليس سائر العيوب".[1]

قال المازري : حديث المصراة أصل في تحريم الغش وفي الرد بالعيب لأن العيب في المبيع أو في غلّته، وفيه أن التدليس لا يفسد البيع وإنما يوجب الخيار.[2]

وقد علل بعضهم مقابلة الثمن في المصراة للبنها دون غيرها: أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن، فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه، وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد، فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد القيمة.[3]

مذهب الحنفية:

خالف أبو حنيفة وأصحابه؛ فردوا النّص ولم يقولوا برد الصاع تماشيا مع عموم القاعدة والأصول العامة وعملا بالقياس.

فقالوا: ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة وخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب، بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبنا من امثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل، ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد.

أما معارضته للأصول فمن وجوه:

---

[1] بداية المجتهد 175/2.

[2] الأبي في إكمال الإكمال 186/4.

[3] المجموع 293/11 و انظر مواهب الجليل 4/ 437.

منها: أنه معارض لقوله صلّى ا عليه وسلّم:" الخراج بالضمان" وهو أصل متفق عليه.

و منها: أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق.

ومنها: أن الأصل في المتلفات إما القيمة أو المثل، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة وليس مثلا.

ومنها: بيع الطعام المجهول أي الجزاف بالمكيل المعلوم، لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وقد يقل ويكثر والعوض هنا محدود.[1]

و رد العلماء حجة الأحناف بأقوال منها:

أن قياسهم للتصرية على انتفاخ البطن باطل لأن انتفاخ البطن قد يكون من الأكل و الشرب ولا معنى لحمله على الحمل على أن هذا قياس يخالف النّص واتباع قول رسول ا صلّى ا عليه وسلّم أولى.[2]

كما رد ابن القيم رحمه ا مقولة مخالفة الحديث للأصول الثلاثة التي ذكرها الأحناف نقتطف منه هذه الفوائد لنكمل الإجابة:

قال رحمه ا :"أما أصل "الخراج بالضمان" فهو، وإن كان حديثا مرفوعا، إلا أن حديث المصراة أصح منه باتفاق أهل الحديث. فلا تصح معارضته به على أنه لا تعارض بينهما؛ لأن الخراج اسم للغلّة الحادثة بعد العقد مثل كسب العبد وأجرة الدابة.

ولبن المصراة موجود حال العقد، فهو جزء من المعقود عليه والشارع الحكيم جعل الصاع عوضا عنه ، لا عن اللّبن الحادث بعد العقد فضمانه هو محض العدل والقياس.

وأما أن الأصل في متلف الشيء أن يغرم مثله فلا يتأتى هنا تطبيقه، ذلك أن اللبن المضمون إنما هو اللبن الموجود في الضرع حال العقد، واللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد فإذا حلب صار عرضة لحمضه و فساده، فلو قوبل هذا اللبن المحفوظ بلبن محلوب الآن لكان ذلك ظلما تتنزه عنه الشريعة العادلة، ثم أن اللبن

---

[1] بداية المجتهد 175/2.

[2] انظر المغنى 4/ 252.

الموجود حال العقد قد اختلط باللبن الحادث بعده ، فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري ، وقد يكون أقل منه أو أكثر فيفضي إلى الربا.
وأيضا لو وكل تقديره إلى أحدهما أو كلاهما لكثر النزاع،لذلك فصل الشارع الحكيم فيها وكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن،فإنه قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتا لهم وهو مكيل كما أن اللبن مكيل، وكلاهما مطعوم مقتات وبدون صنعة أو علاج بخلاف الحنطة والشعير ونحوهما، فالتمر أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن.[1]
و الحاصل فالجمهور يخصصون حديث "الخراج بالضمان" و هو نص عام بحديث التصرية و بالتالي استثنيت هذه المسألة من القاعدة العامة، بينما يرى الحنفية أن القاعدة باقية على عمومها بناء على أصولهم التي اعتمدوها.

المطلب الثاني : المثال الثاني : قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان":

1 - شرح القاعدة :

الجواز الشرعي :هو كون الأمر مباحا ـ فعلا كان أو تركا ـ ينافي الضمان[2]، لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف ، لكن بشرط:

أ - أن لا يكون ذلك الأمر مقيدا بشرط السلامة.

ب - أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي ، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافيا.

مثاله: إذا كان الأمر المباح فعلا فهو ما أفادته المادة بقولها: مثلا لو حفر إنسان بئرا في ملكه الخاص به أو في طريق عام لكن بإذن ولي الأمر، فوقع فيها حيوان أو وقع فيها إنسان فهلك فلا يضمن حافر البئر شيئا، لأن التصرف إنّما كان في ملكه الخاص في الحالة الأولى وكان بإذن الولي في الطريق العامة في الحالة الثانية فلا ضمان عليه.

---

[1] أعلام الموقعين 2/ 40.

[2] سبق شرحه في المثال السابق.

أما إذا كان الأمر مباحا تركا فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن؛ أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده أو أخّر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم لأن امتناع من ذكر جائز والجواز الشرعي ينافي الضمان.

يقول الزرقا - رحمه ا - :" إنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيدا بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ليخرج ، ما لو أتلف بمروره بالطريق العام شيء ، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئا بيدها أو فمها، وهو راكبها أو سائقها أو قائدها فيضمن ، لأن مروره وإن كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة. وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته.[1]

وقد وضع الشيخ الزرقا هذه القيود حتى يتقلص و تقل الاستثناءات من القاعدة لأنه بدون هذه الشروط يتسع مجال الاستثناء منها.

2- الاستثناء: ضمان اللقطة*

خرج عن هذه القاعدة حيث اجتمع الجواز الشرعي والضمان ما في كتاب اللقطة من أن الملتقط بعد الإشهاد عليها وإعلان المدة التي بينها الفقهاء، إذا غاب على ظنّه أن صاحبها لا يطلبها فله الخيار، إن شاء تصدق بها، وإن شاء أبقاها حتى يأتي صاحبها، فإن شاء أجاز ما فعل والثواب له، وإن شاء ضمن الملتقط قيمتها ولو كانت العين قائمة بيد المتصدق عليه أو الملتقط أخذها ولا ضمان.

والأصل في ذلك قوله صلّى ا عليه وسلّم فيما رواه زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول ا صلّى ا عليه وسلّم عن لقطة الذّهب والورق فقال:" اعرف وكاءها [2]

---

1 شرح القواعد الفقهية بتصرف 449- 451 .و انظر المجلة: المواد (923 – 926 – 933).

* اللقطة: هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره؛ قال الخليل بن أحمد: اللقطة بفتح القاف:اسم للملتقط لأن ما جاء على وزن فُعلة: فهو وزن للفاعل، واللقطة- بسكون القاف- المال الملقوط، لكن الأصمعي والأعرابي و الفرا : هي بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضا.

- شرعا: هي مال محترم شرعا عرض للضياع - المغني 256/6.

2 وكاءها: الوكاء: الخيط الذي يربط به.

وعفاصها [1] ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه".[2]

قال شارح المجلة: " أما الضمان في اللقطة فقد ثبت بالحديث الشريف وهو قوله صلى ا عليه وسلم: " من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، وليحفظ عفاصها و وكاءها فإن جاء صاحبها فلا يكتم وهو أحق بها وإن لم يجيء صاحبها فهو مال ا يؤتيه من يشاء".[3] علق الشارع صلى ا عليه وسلم التصدق بها وهو قوله:" فهو مال ا يؤتيه من يشاء". على عدم مجيء صاحبها، فيستفاد أنّه متى جاء قبل التصدق بها أو بعده فهو أحق بها عينا أو بدلا.

و الحاصل :

أن الإذن الشرعي إنما أعقبه بالجملتين الشرطيتين لبيان ماذا يكون من العمل بعد الرفع فهو تفصيل بعد إجمال، والضمان المعلوم من قوله " فهو أحق بها"، ما تسبب عن الرفع حتى يجتمع الجواز الشرعي والضمان ، ولأنه أخذ مال الغير بلا عوض ولا عقد حرام فقوبل بالضمان.[4]

لكن حديث الشيخين أصرح في جواز تملكها شرعا بقوله:" فاستنفقها" ففيه دليل على جواز تملكها شرعا بعد سنة من تعريفها لمن شاء ذلك، وفي قوله: " ولتكن وديعة عندك دليل على جواز حبسها وتركها لقطة كما كانت وفي كلتا الحالتين فإن حق صاحبها لا ينقطع فإما أن يأخذ بدلها في الحالة الأولى من الملتقط، وإما أن يأخها بعينها في الحالة الثانية.

وقد نقل الإمام النووي إجماع الأمة بأن من تملكها يضمنها إذا جاء صاحبها فقال رحمه ا تعالى :

---

[1] العفاص: الوعاء الذي هي فيه وقد كان يتّخذ من الجلد.

[2] متفق عليه:أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب اللقطة،باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده،رقم2436.و أخرجه مسلم في صحيحه:كتاب اللقطة،باب معرفة العفاص و الوكاء و ضالة الإبل ،رقم4502.

[3] رواه أحمد في مسنده، وابن ماجة في سننه:أبواب اللقطة،رقم2505.

[4] شرح المجلة للأتاسي 1 / 253 –255.

" وقد نقل القاضي وغيره إجماع المسلمين على أنه إذا جاء صاحبها بعد التملك ضمنها المتملك إلا داود فاسقط الضمان وا أعلم".اهـ[1]

وقال:

" وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إلى إذن سلطان وهذا مجمع عليه، وفيها أنه لا فرق بين غني وفقير، وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور".[2]

أما التصدق بها عن ربها فالأصل فيه ما أخرجه البزار والدارقطني من حديث أبي هريرة مرفوعا" فإن جاء صاحبها فليرده إليه وإن لم يأت فليتصدق به،فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذي له".[3]

وقال أبوحنيفة رضي ا عنه:

" إذا مضى على اللقطة حول فللملتقط التصدق بها فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط وله الانتفاع بها بتملكها إن كان فقيرا وإلا فلا".[4]

أما الإمام الشافعي فقال :

"لا فرق في تملكها بين الغني والفقير، وإذا جاء ربها ضمنها بالقيمة إن كانت مقومة، وبمثلها إن كانت مثلية وله حبسها وإبقاؤها لصاحبها ضالة كما كانت وفي هذه الحالة لا ضمان عليه إن تلفت بغير تفريط"[5]لأنها في حكم الوديعة وهو نظير مذهب مالك في هذا.

جاء في مواهب الجليل:

" إذا مضت سنة على اللقطة بعد تعريفها المطلوب ولم يعرفها أحد فللملتقط التصرف بها بالتملك غنيا كان أو فقيرا، أو التصدق بها عن ربها أما التصدق بها عن نفسه فكتملكها وله حبسها عنده لتبقى لقطة كما كانت فإذا تملكها الملتقط ضمنها لربها،

---

[1] شرح صحيح مسلم للنووي 25/12.

[2] المرجع السابق 27/12.

[3] أخرجه الدار قطني والبزار.

[4] الهداية 2/ 176 – 178.

[5] مغنى المحتاج 45/2.

وإذا تصدق بها عنه فإنه أي ربها مخير بين إمضاء الصدقة أو تضمين لقطته للملتقط، كما يضمنها الملتقط إذا نوى تملكها قبل تعريفها ومضى سنة عليها".[1]

أما الإمام أحمد فقال :

" إن اللقطة إذا عرفت ومضت عليها سنة فإنها تدخل في ملك الملتقط مباشرة ، ولو لم يرد تملكها ، فلو أبقاها بعد الحول وهلكت بدون تفريط منه ضمن قيمتها إن كانت مقومة وبمثلها إن كانت من ذوات الأمثال سواء فرط في حقها أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش النقص لأن جميعها مضمون إن تلف".[2]

وقد ذكر ابن قدامة رحمه ا توجيها للفقهاء في ضمان اللقطة فقال:

" وقد بين الفقهاء وجه الضمان في اللقطة بأنه ملك بغير عوض في ذمة الملتقط يزول بمجيء صاحبها كتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق قبل الدخول ويستحق المطالبة ببدلها إن تلفت كما تجدد له ملكها لقوله صلى ا عليه وسلم:" فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإذا جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه".

ولأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزم ضمانها إن أتلفها، و لأنه مال معصوم لم يجز إسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر إلى مال غيره.

ثم قال:

وفي الجملة أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها نماء ملكه ، وإن أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل لا أعلم في ذلك خلافا.

وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله سواء فرط في حفظها أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها

---

[1] مواهب الجليل 74/6 .

[2] المغنى لإبن قدامة 307/6

بعد الحول أخذ العين وأرش النقص لأن جميعها مضمون إذا تلفت فكذلك إذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي الحول.

وقال بعضهم:

إذا تملك العين وأتلفها بعد الحول لم يضمنها تمسكا بقوله صلى ا عليه وسلم في الرواية الأخرى فإن جاء ربها وإلا فهي مال ا يؤتيه من يشاء".[1] فجعلها مباحا.

فالعلماء يجعلون نص الحديث مستثنى من عموم القاعدة السابقة إلا أنهم يقيدون هذا الاستثناء بشروط كما وضحنا سابقا.

المطلب الثالث:المثال الثالث:قاعدة "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"[2]

1-شرح القاعدة:

أ- البينة: هي الحجة الواضحة، قال تعالى:" أرأيتم إن كنت على بينة من ربي".

وفي القاموس: يقال بأن الشيء أبان واستبان، وتبين وبين: أي ظهر واتضح وتأتي هذه الصيغ متعدية: يقال بينت الشيء وأبنته واستبنته، وتبينته وأبنته، أي أظهرته و أوضحته.[3]

ب - و اليمين: مؤنث وهو القسم سميت باسم يمين لأنهم كانوا يتماسحون بأيمانهم فيتحالفون وفي الصحاح: لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه. يجمع على أيمن (بضم الميم)، وأيمان.[4]

واليمين باصطلاح الفقهاء تطلق على نوعين:

الأول: تأكيد المخبر به وتقويته نفيا أو إثباتا بالقسم باسمه تعالى.

الثاني: التعليق: أعني الشروط التي يتعلق بها مثل الطلاق و العتاق .

---

[1] المغني 366/6- 367.

[2] نص حديث رواه البخاري في صحيحه:كتاب الشهادات ،و كتاب الرهن ،باب إذا اختلف الراهن و المرتهن ،رقم 2514.و مسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى،رقم4470 . و الترمذي في سننه:كتاب الأحكام، باب ما جاء في البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه، رقم1341 . و ابن ماجة في سننه :باب البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه، من حديث ابن عباس رقم2321 . و في معناه روايات عدة كثيرة.

[3] القاموس المحيط باب النون

[4] الصحاح:مادة(ي م ن).

قاعدة : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" وفي لفظ "اليمين على من أنكر" أصل عظيم في القضاء وهي لفظ حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول وهي جزء من حديث لابن عباس رضي ا عنهما أخرجه البخاري ومسلم رحمهما ا – واللفظ لمسلم في كتاب القضاء باب اليمين على المدعى عليه:"لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه".[1]

ج ـ المدعي والمدعى عليه: اختلف في حده ،فقيل:المدعي: من لا يستحق إلا بحجة بالخارج، والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد ، وقيل: المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر.و الحد المختار الذي عليه الأكثر هو: "المدعي من إذا ترك ترك، والمدعى عليه بخلافه" وهو حد صحيح جامع لأفراد المحدود مانع من دخول غيره فيه.[2]

و معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من أهم ما ينبني عليه مسائل الدعوى :

قال الإمام محمد رحمه ا تعالى:"في الأصل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي،غير أن التمييز بينهما يحتاج إلى فقه ودقة ذكاء، إذ العبرة للمعنى دون الصورة، فإنه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو إنكار في المعنى، كالمودع عنده إذا ادعى رد الوديعة، فإنه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى،فيحلّفه أنه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلّفه على أنّه ردها لأن اليمين تكون على النفي ليتحقق الإنكار، لأنه ينكر الوجوب عليه والأصل براءة الذّمة فكان القول له".[3]

وفي البدائع:"جعل النّبي صلى ا عليه وسلم: البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لأن المدعي، يدعي أمرا خفيا فيحتاج إلى إظهار ولا يستحق بمجرد الدعوى لأنها خبر يحتمل الصدق والكذب، وللبينة قوة إظهار، لأنها

---

[1] شرح القواعد للزرقا (قاعدة75) .و شرح المجلة للآتاسي215/1 .انظر:موسوعة القواعد الفقهية 132/2.و الحديث سبق تخريجه.و أخرجه أيضا الترمذي وقال:حديث حسن صحيح،و العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي و غيرهم :أن البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه.

[2] شرح المجلة /215

[3] الأشباه والنظائر للسيوطي 506.

كلام من ليس بخصم، وهم الشهود فجعلت حجة المدعي واليمين،وإن كانت مؤكدة بذكر اسم ا الأعظم لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، وإن كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار، فكان جعل البينة حجة المدعي، وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة"اهـ.[1]

2 ـ الاستثناء :حكم اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة قائمة.

المعلوم من الشرع في مجال القضاء والفصل بين المتنازعين ، أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهو ما أوضحناه سابقا ، وبناء على هذا الأصل فإن المتبايعين إذا تنازعا في الثمن بعد قبض المبيع فعلى المدعي البينة سواء كان بائعا أو مشتريا وإلا فله يمين المدعى عليه بائعا كان أو مشتريا.

لكننا نجد أنه قد ورد في هذه المسألة نص، وهو ما يسمى عند الفقهاء بحديث التحالف وهو ما رواه أحمد والنّسائي عن أبي عبيدة أن رجلين تبايعا سلعة، فقال المشتري أخذت بكذا وكذا، وقال البائع بعت بكذا وكذا، فأتيا النبي صلى ا عليه وسلم، فأمر البائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك".

وفي رواية لابن مسعود ـ رضي ا عنه ـ أن النبي صلى ا عليه وسلم قال : " إذا اختلف المتبايعان و السلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا " و في رواية النسائي:قال : " حضرت رسول ا صلى ا عليه وسلم أتي بمثل هذا فأمر البائع أن يستحلف ، ثم يختار المبتاع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك".([2]) و عليه فإن حديث التحالف يشكل استثناء من القاعدة العامة ،أو الأصل العام ،في إثبات البينة.

وبه قال جمهور الفقهاء وزاد زفر من الحنفية و أبو ثور سواء كان اختلافهما في الثمن أو في الأجل أو في خيار الشرط. ونسب ذلك إلى المالكية في رواية أخرى.

جاء في المغنى:

---

[1]بدائع الصنائع 348/6.

[2]سنن النسائي باب أخلاف المتبايعين في الثمن البيـوع باب 82 ح 4653.

"إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها وإن لم تكن لهما بينة تحالفا، وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية وقال الشعبي: القول قول البائع أو يزادان البيع وحكاه ابن المنذر عن إمامنا رحمه ا ـ يقصد الإمام أحمد ـ لرواية ابن مسعود عن النبي صلى ا عليه وسلم:" إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع" رواه سعيد وابن ماجة وغيرهما والمشهور في المذهب الأول، ويحتمل أن يكون معنى القوليـن واحد، وأن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف فرضي المشتري ذلك أخذ به وإن أتى حلف أيضا وفسخ البيع بينهما لأن في بعض ألفاظ الحديث من رواية ابن مسعود:"إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا" ولأن كل واحد مدعي ومدعى عليه".[1]

وقال أبو حنيفة رحمه ا :

" يبدأ بيمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبه أقوى".[2]

وقال الشافعية:

" يبدأ البائع باليمين لأن جانبه أقوى لأن المبيع يعود إليه بعد الفسخ ".[3]

وبمثله قال الإمام مالك وعندهما سواء كان اختلافهما في الثمن أو في الأجل أو في الخيار أو في الرهن قولا بعموم الخبر وظاهره.

جاء في مختصر خليل:

" إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن أو نوعه حلفا وفي قدره كمثمونه أو قدر أجل أو رهن أو حميل حلفا وفسخ".

أما اختلافهما في قدر الثمن فقد قال الباجي :

"إن اختلفا في الثمن قبل قبض السلعة فقال البائع بعشرة وقال المبتاع بخمسة بدئ بالبائع فقيل له: إن أبيت ما قال المبتاع فاحلف أنك بعتها بعشرة فإن حلف قيل للمبتاع

---

[1] المغني لابن قدامة 288/4.

[2] المرجع السابق نفسه. و انظر: البدائع 2247/7-2248 ،فتح القدير 108/5.

[3] مغنى المحتاج 2/ 96.

إن أبيت ما قال البائع فاحلف أنك اشتريتها منه بخمسة فإن حلف لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر.

وأما إن اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فوتها فروى أشهب وابن القاسم عن مالك أنهما يتحالفا و يتفاسخا .أما إذا فاتت السلعة بزيادة أو نقص أو حوالة فروى ابن القاسم عن مالك أن القول قول المبتاع وروى أشهب انهما يتحالفا،وأما في المثمون ففي المدونة في السلم إن قال هذا في فرس وهذا في حمار تحالفا وتفاسخا. أما اختلافهما في الأجل فالمشهور عن ابن القاسم أنهما يتحالفا و يتفاسخا ومثله في الرهن والحميل.

وقال المازري:

"كل ما يؤدي إلى الاختلاف في الثمن فهو كالاختلاف فيه وهو الصحيح عند أصحابنا لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على اختلافهما في الثمن إذ ليس فيه ذكر حال من الاختلاف دون حال".(1)

وعند أصحاب الرأي لا يتحالفان إلا عند اختلافهما في الثمن لأن الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لأنه منكر والقول قول المنكر.

قال أبو حنيفة:

" القول قول من ينفي ذلك مع يمينه لأن الأصل عدمه فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لأنه منكر والقول قول المنكر".(2)

المطلب الرابع : المثال الرابع: قاعدة " جرح العجماء جبار".

1ـ شرح القاعدة:

جناية العجماء: أي ما تفعله البهيمة من الأضرار بالنفس أو المال.

جبار: أي هدر وباطل لا حكم له: إذا لم يكن منبعثا عن فعل فاعل مختار، كسائق أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة.

ثم إن القاعدة المذكورة مأخوذة من حديث شريف صحيح عن عمرو بن عوف رضي ا عنه بلفظ:" العجماء جرحها جبار".(1)

---

[1] مواهب الجليل 4/ 509-510.

[2] مغني المحتاج 96/2.و انظر: البدائع2248/7، معالم السنن للخطابي165/5.

ومما يتفرع على هذه القاعدة:

ما لو كان راكب الدابة يسير في ملكه فنفحت برجلها أو بذنبها أو كدمت بفمها أو ضربت بيدها فلا ضمان عليه. بخلاف ما لو داست شيئا وأتلفته فإنه يضمنه وإن كان يسيرا في ملكه،لأنه جنايته لا جنايتها.

و منه : ما لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلفت إحداهما الأخرى فلا ضمان على صاحبها.[2]

2ـ الاستثناء: حكم جناية العجماء بالليل:

اتفق الفقهاء على أنه لا ضمان على صاحب الدابة فيما تتلفه بالنّهار إذا لم يكن معها عملا بالقاعدة. واختلفوا فيما تتلفه بالليل، هل يستوجب الضمان أم لا؟ فذهب الأحناف وأصحاب الرأي إلى أنه لا ضمان على صاحب الدابة فيما أتلفته سواء كان ذلك ليلا أو نهارا لعموم القاعدة. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن على صاحب الدابة الضمان فيما أتلفته بالليل استثناء من القاعدة، لحديث البراء بن عازب:" أن ناقة له دخلت حائطا فأفسدت فقضى رسول ا صلى ا عليه وسلم على أهل الحوائط حفظها بالنّهار، وأن ما أفسدت المواشي باللّيل ضامن على أهلها".([3])

قال الإمام البغوي يعلل رأي الجمهور: "...لأن في عرف الناس أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار وأصحاب المواشي يريحونها بالنهار ويردونها بالليل إلى المراح، فمن خالف هذه القاعدة كان خارجا عن رسوم الحفظ إلى حد التضييع".[4]

و قال ابن رشد: " اختلاف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب... ".

---

[1] رواه مالك في الموطأ .وأحمد في مسنده228/2.والبخاري في صحيحه:كتاب الزكاة،باب الركاز و الخمس ،رقم1499. ومسلم في صحيحه:كتاب الحدود، باب جرح العجماء و البئر و المعدن جبار، رقم4465. وأبو داود(4593) . و الترمذي في سننه :كتاب الزكاة (642) والنسائي (45) وابن ماجة(26073) عن أبي هريرة رضي ا عنه والطبراني في الكبير.

[2] شرح القواعد للزرقا ص 457-458 .

[3] رواه أحمد في مسنده. وأبو داود في سننه:كتاب ابيوع،باب المواشي تفسد زرع قوم،رقم3570. وابن ماجة في سننه أيضا. و انظر نيل الأوطار:387/5.

[4] شرح السنة للغوي 8/ 236.

قال:" وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وعمدتهم في هذا الباب شيئان قوله تعالى : (و داود و سليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم...) و النفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أننا مخاطبون بشرع من قبلنا. والثاني رواية مرسلة عن ابن شهاب :" أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول ا صلى ا عليه و سلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، و أن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها" أي مضمون. وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : " العجماء جرحها جبار". وقال الطحاوي: وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة – أي مع حافظ - أما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن".[1]

الخلاصة :

و الذي نخلص إليه في هذا المبحث ـ أعني الاستثناء بالنص ـ أن القواعد التي سقناها كنماذج مع ما استثني منها : منها ما هي نصوص أحاديث شريفة وهي أعلاها حجية ـ بناء على درجة قبول الحديث أو رده ـ وقد أشرنا إلى ذلك في مصادر القاعدة . و منها ما كان استنباطا من النصوص. ومنها ما كان نتيجة الاستقراء والاستدلال وقد بينا ذلك في موضعه. فالسؤال المطروح في الاستثناء بسبب النص هل هناك تعارض بين القاعدة وما استثني منها خصوصا إذا كانت القاعدة نصا قابله نص آخر استثني منه؟

لا بد هنا من النظر في القاعدة الشرعية الكلية وهي امتناع التعارض فيما ثبت في الشرع بل لا بد أن تعرف هذه المستثنيات إلى تخصيص للعام بذلك الجزئي أو تقييد لمطلقه.

يقول الشاطبي موضحا خصوص الجزئيات مع اعتبار عموم كلياتها فقد قرر أن الكلي لا ينخرم بجزئي ما، والجزئي محكوم عليه بالكلي، لكن بالنسبة إلى ذات الكلي والجزئي لا بالنسبة إلى الأمور الخارجة.

ولا يقال هذا تناقض لأنا نقول أنه لا يلزم أن يعتبر كل جزئي وفي كل حال بل بعض الجزئيات في بعض الأحوال قد يأخذ حكما غير حكم الكلّي . بل المراد بذلك أنه

---

[1] ابن رشد في البداية:323/2،حاشية ابن عابدين:774/7،تحفة الفقهاء:126/3.

يعتبر الجزئي إذا لم تتحقق استقامة الحكم بالكلي فيه . كالعرايا وسائر المستثنيات ويعتبر الكلي في تخصيصه للعام بالجزئي أو تقييده لمطلقه وما أشبه..

ويقول في موضع ترتيب مقاصد الشرع باعتبار الكليات مع جزئياتها للمحافظة على المراتب في الكليات مع جزئيات فقد يعتبر الشارع من ذلك ما لا تدركه العقول إلا بالنص عليه ، وهو أكثر ما دلت عليه الشريعة في الجزئيات ثم يقول:" فلا يصح إهمال النظر في هذه الأطراف فإن فيها جملة الفقه".[1]

أما إذا كانت القاعدة مصدرها الاستقراء ثم أتى النص يستثني جزئي منها فلا بد من اعتباره دون هدم كلية القاعدة .

يقول الإمام الشاطبي في هذا:

" إذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية، ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة فلا بد من الجمع في النظر بينهما، لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئي إلا مع الحفظ لتلك القواعد، إذا فالقواعد معتبرة لم يهدمها هذا النص في هذا الجزئي، ولكن هذا لا يقض باعتبار الكلي وحده مطردا ويلغي الجزئي، فلا بد من اعتبار الكلي في غير موضع المعارضة حتى لا يهدر الكلي ولا الجزئي".[2]

[1] الموافقات 3/من 6 إلى 11 بتصرف.

[2] الموافقات 3/6-7.

الفصل الثاني:

الاستثناء بسبب الإجماع

و فيه ما يلي:

المبحث الأول :الإجماع:تعريفه،حجيته،مستنده،أنواعه

المبحث الثاني : مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع

المبحث الأول :

الإجماع :تعريفه،حجيته،مستنده،أنواعه

المطلب الأول : تعريف الإجماع :

أ- لغة: يقال الإجماع في اللغة بالاشتراك على معنيين:

أحدهما: العزم: قال الله تعالى:" فاجمعوا أمركم "يونس 71: أي اعزموا عليه.

وقال صلى الله عليه وسلم: " لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل"[1] أي لم يعزم عليه.

ثانيا: الاتفاق: يقال أجمع القوم على كذا، إذا اتفقوا عليه.

ب- اصطلاحا: عرفه الأصوليون بتعاريف عدة تختلف باختلاف آرائهم في تحديد شروط الإجماع المقبولة و نختار تعريف الشوكاني :

قال: "الإجماع هو اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عيه وسلم في عصر من الأعصار على أمر من الأمور".(2)

و المراد بالاتفاق: الاشتراك إما في الاعتقاد أو القول أو الفعل.

ويخرج بقوله:" مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم": اتفاق العوام، فإنه لا عبرة بوفاقهم ولا خلافهم، وهذا باتفاق الجمهور من العلماء، قالوا: لأن العامي لا يملك الآلة ودخولهم في الإجماع يكون بموافقتهم لمجتهديهم ، إلا ما كان من الآمدي حيث اعتبر العامي في الإجماع موافقة ومخالفة.(3)

ويخرج بقوله:" أمة سيدنا محمد": الأمم السابقة.فلا بد أن يكون المجمعون من المسلمين و لذلك لم يرد الشرع بعصمة أمة غير أمة سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم.

ويخرج بقوله:" بعد وفاته" الإجماع في عصره صلى الله عليه وسلم فإنه لا اعتبار به.

ويخرج بقوله:" في عصر من العصور" ما يتوهم من أن المراد بالمجتهدين جميع

[1] أخرجه النسائي في سننه:كتاب الصيام،رقم2336.

(2) إرشاد الفحول 286/1 .

(3) انظر الإحكام في أصول الأحكام 167/1.

مجتهدي الأمة في جميع الأعصار إلى يوم القيامة ،فإن هذا توهم باطل لأنّه يؤدي إلى عدم ثبوت الإجماع، بل المراد بالعصر عصر من كان من أهل الاجتهاد في الوقت الذي حدثت فيه المسألة، فلا يعتد بمن صار مجتهدا بعد حدوثها.

وبقوله:" على أمر من الأمور": يتناول الشرعيات،والعقليات و العرفيات و اللغويات ولكن حدد بعضهم في تعريفه للإجماع بالأمر الشرعي[1] أو الأمور الدينية[2] وذهب بعض العلماء إلى اعتبار قول أهل كل فن من العلوم في فنهم فيعتبر قولهم جميعا لانعقاد الإجماع في الفن ـ العلم المتخصصين فيه ـ لعلمهم بأدلة اختصاصهم كأهل الطّب في فنهم، والفيزياء، والهندسة والصناعة.....الخ. لأنه لا علاقة لهم بالحكم الشرعي لأنهم عوام أيضا بالنسبة لهذا العلم، فلا يعقل موافقتهم وخلافهم، ككلّ عامي بالنسبة للعلم الذي لا يعرفه.

وجمع الإمام الغزالي بين الرأيين فذهب إلى أنه لا يعتبر علماء الفنون ـ العلوم ـ المختلفة في الإجماع من حيث الأحكام الشرعية لعدم معرفتهم بأدلّة الاجتهاد ومناهج الاستنباط، ولكن يعتبر هؤلاء فيما ينبني من الأحكام الشرعية على علومهم.[3]

وتعتبر هذه القيود في التعريف هي ذاتها شروط الإجماع و زاد بعضهم اشتراط انقراض العصر ،و التحقيق أنه لا يشترط.

المطلب الثاني : حجية الإجماع:

ذهب الجمهور إلى أن الإجماع إذا استوفى شروطه يكون حجة، وهو المصدر الثالث من مصادر التشريع، وإن كان بعض من ذهب إلى حجيته ينازع في إمكان وقوعه أو إمكان العلم به، أو إمكان نقله إلينا، و يطول عرض الآراء و مناقشتها، و ليس هذا موضوع البحث فليرجع إليه في مضانه لمن أراد ذلك.

وقد وصف الآمدي الجمهور القائلين بأن الإجماع حجة بأنهم أهل الحق.[4]

وشذ عن الجمهور في حجية الإجماع إبراهيم النظّام ، و الإمامية و بعض الخوارج

([1]) انظر تعريف ابن الهمام: التحرير 3/ 80.

([2]) الغزالي في المستصفى 110/1 .

([3]) المستصفى 116/1.

([4]) الإحكام 103/1 .

فذهبوا إلى أن الحجة في مستنده إن ظهر لنا.(1)

و دليل قول الجمهور من الأصوليين قوله تعالى:"و من يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى و يتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى و نصله جهنم وساءت مصيرا"النساء115

و قوله صلى ا عليه وسلم : " لا تجتمع أمتي على ضلالة ".(2) و الأحاديث في هذا المعنى كثيرة و تفيد القطع بتضافرها.(3)

المطلب الثالث : مستند الإجماع :

المراد بمستند الإجماع هو الدليل الذي استند عليه المجمعون ،و إن لم ينقل هذا الدليل معه ،إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهيا بلا دليل شرعي،و ما قيل من أن ا تعالى قد يلهم الأمة الاتفاق على الصواب ولا حاجة إلى مستند إنما هو كلام ساقط لا يعول عليه و لا يلتفت إليه.لكن العبرة في حجية الإجماع وجوده و نقله إلينا لا عن دليله إذ لو وجب البحث عن دليله لكانت العبرة للدليل لا للإجماع بينما هو في ذاته حجة.[4]

و من أمثلة ثبوت الحكم بالإجماع: ميراث الجد مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن و جد فإن الجد عند عدم الأب يحل محل الأب و يرث السدس كالأب ،ثبت ذلك بإجماع الصحابة.و كذا صحة عقد الاستصناع فقد قررها و اعتمدها جمهور أئمة الفقهاء و جرى عليها الإجماع العملي،و الأصل أن قواعد الشريعة تأبى هذه العقود لأن الاستصناع شراء ما سيصنع قبل صنعه و الأصل أنه لا يجوز لأنه بيع المعدوم،لكن وقع الإجماع على صحته للحاجة.

وهذه الأمثلة من الإجماعات لا شك أن لها مستندا من الكتاب و السنة و قد يكون

([1]) انظر:إرشاد الفحول:292/1، أثر اختلاف القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للخن:ص456.

[2] الحديث أخرجه الترمذي في سننه عن ابن عمر:أبواب الفتن، باب في لزوم الجماعة،رقم2167. و ابن ماجه في سننه عن أنس بن مالك :أبواب الفتن ،باب السواد الأعظم ،رقم 3950. و أخرجه أيضا أبو داود في سننه، و الحاكم في مستدركه.

[3]انظر الموافقات للشاطبي : مباحث الإجماع من كتاب الأدلة.

[4] انظر :الوجيز في أصول الفقه للدكتور محمد حسن هيتو343.

المستند قياسا جليا، مثل إجماعهم على تحريم شحم الخنزير قياسا على لحمه ،و إجماعهم على إراقة الزيت الذي وقعت فيه فأرة قياسا على السمن ،و إجماعهم على إمامة أبي بكر قياسا على تقديمه في الصلاة ،و إجماعهم على قتال مانعي الزكاة قياسا على الصلاة.

المطلب الرابع : أهم أنواع الإجماع:

المراد بأنواع الإجماع الصور التي يتحقق فيها الإجماع ،سواء كانت مقبولة أو مردودة،و تعدد صور الإجماع إما أن يكون بسبب المجمعين كإجماع الصحابة و أهل المدينة أو الحرمين أو أهل البيت،و إما أن يكون بسبب كيفية الإجماع من قول أو فعل أو سكوت،نذكر أهمها:

1ـ إجماع الصحابة:و مذهب جماهير علماء الإسلام على أن إجماع الصحابة حجة يجب العمل بها لما لهم من خصوصية فضل و صحبة و سماع من رسول ا صلى ا عليه و سلم و تفقه عليه، و قد ثبتت لهم الخيرية لقوله صلى ا عليه و سلم:"خير القرون قرني"[1] و الأمر بالاقتداء بهم لقوله صلى ا عليه و سلم:"عليكم بسنتي و سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي"[2]و الإجماع من سنتهم و طريقتهم.

واختلف في إجماع الخلفاء الأربعة فاعتبره بعضهم إجماعا للحديث السابق.و قال الجمهور أن إجماعهم على أمر مع وجود المخالف لهم لا يكون حجة على غيرهم،لأن الدليل في الإجماع هو جميع مجتهدي الأمة في عصر من العصور و حصر الدليل فيهم حجة لا إجماع و قد خالفهم عدد من الصحابة في كثير من آرائهم و لم ينكر عليهم و عمل آخرون على خلاف قولهم من غير نكير أيضا.لكن قولهم مرجح يصار إليه عند التعارض.

2ـ إجماع أهل المدينة:و المراد به اتفاق مجتهدي المدينة في عصر من العصور على أمر شرعي.و محل النزاع منحصر في القرون الثلاثة المفضلة التي جاءت الآثار بالثناء عليهم،و هم عصر الصحابة،و التابعين و تابعوا التابعين ،أما بعدهم فهم كغيرهم

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عمران بن حصين وعبد ا بن عمر رضي ا عنهم:كتاب الشهادات،باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد،رقم 2651 و 2652.

[2] أخرجه مسلم في صحيحه:كتاب فضائل الصحابة.

من مجموع الأمة.و التحقيق أنه على قسمين:
الأول:ما كان من نقلهم لطريقة العمل و الحكاية عن النبي صلى ا عليه و سلم سواء كان نقلا لقوله كالآذان و الإقامة و غيرها أم لفعله كصفة صلاته أو إقراراته أو تروكه كتركه أخذ الزكاة من الخضراوات مع علمه بكونها كثيرة عندهم.
فهذا النوع حجة ملزمة عند المالكية ـ و حتى عند غيرهم ـ و يترك ما يخالفه من قياس أو خبر آحاد لأنه نقل متواتر أو مشهور موجب للعلم القطعي و إن وجد خلاف في فرع فقهي فليس لعدم اعتبار حجيته بل لدليل آخر أقوى في نظر المخالف.
يقول ابن القيم:"فهذا النقل و هذا العمل حجة يجب اتباعها و سنة متلقاة القبول على الرأس و العين و إذا ظفر العالم بذلك قرت عينه و اطمأنت نفسه".[1]
الثاني:ما كان طريقه الاستدلال و الاستنباط و هذا النوع هو محل النزاع فذهب بعض المالكية إلى أنه حجة و خالفهم الجمهور من المالكية و غيرهم.
و اختاره ابن الحاجب و انتصر له، قال:"إجماع أهل المدينة من الصحابة و غيرهم حجة [2]عند مالك"[3].لكن قال الآمدي :"اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لا يكون حجة على من خالفهم في حالة انعقاد إجماعهم..".[4] و قد نقل الكثير من كلام العلماء في هذه المسألة في غير موضع الخلاف و دون تحرير مما جعل القاضي عياض و القاضي عبد الوهاب و غيرهم يحققون القول فيها بما لا يحتاج إلى مزيد بيان.[5]

3ـ الإجماع الفعلي:

هو أن يطبق مجتهدوا عصر على فعل ما من الأفعال بحيث أن من يرى هذا أو يعلمه يقطع بجواز ما أقدموا عليه من الفعل المذكور لعدم الإنكار عليه من أحد.
مثاله :جمع عمر الناس في صلاة التراويح حيث أقرهم على عملهم و قال :"نعمت

---

[1] إعلام الموقعين373/2.
[2] الوجيز في أصول التشريع:لهيتو 349
[3] انظر العضد على ابن الحاجب35/2.
[4] الإحكام221/1.
[5] انظر:ترتيب المدارك للقاضي عياض67/1و ما بعدها،المعونة للقاضي عبد الوهاب 1743/3و ما بعدها،الجواهر الثمينة للمشاط207 و ما بعدها، صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية28 و ما بعدها.

البدعة هذه" .

و مثله تضمين الصناع , و البيع بالمعاطاة ،حيث جرى عليه العمل ولم ينكره أحد فكان إجماعا عمليا.[1]

4 ـ **الإجماع السكوتي :**

"هو أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول ينتشر ذلك في المجتهدين من أهل ذلك العصر فيسكتون و لا يظهر منهم اعتراف و لا إنكار".[2]

اختلف العلماء في حجيته على مذاهب عدة :أهمها:

1 ـ قال داود الظاهري و ابنه:إنه ليس بإجماع و لا بحجة.

2 ـ إنه إجماع و حجة ،و به قال جماعة من أهل الأصول و أحد الروايات عن الشافعي و الخلاف في تسميته إجماعا مع كونه حجة مقطوع بها.

3 ـ إنه إجماع بشرط انقراض العصر لأنه يبعد مع ذلك أن يكون السكوت عن خوف أو إكراه ،وبه قال الماوردي و ابن السمعاني و الآمدي من الشافعية و ابن الحاجب من المالكية.

4 ـ إنه إجماع بشرط إفادة القرائن العلم بالرضا و هو اختيار الغزالي في المستصفى ، و هو أحسن المذاهب و أوجهها ،لأن إفادة القرائن العلم بالرضا كإفادة النطق به فيصير كالإجماع القطعي. و هناك آراء أخرى يطول ذكرها.[3]

و من فروعها جمع القرآن على عهد عثمان على حرف واحد و سكت عنه علماء الصحابة فكان إجماعا سكوتيا.

---

[1] انظر الوجيز في أصول التشريع لهيتو349.

[2] إرشاد الفحول 84.

[3] المرجع السابق.

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع

تمهيد : بناء على ما سبق فإن جماهير العلماء من أهل السنة و الجماعة يعتبرون إجماع المجتهدين من أمة محمد صلى ا عليه و سلم في كل عصر من العصور حجة قطعية يحرم مخالفتها.و بالتالي يعتبر الإجماع من أقوى الأدلة و أنه قاض على الأدلة الظنية و من ثم فإنه من نافلة القول القول بصحة إخراج جزئية من حكم كلي بسبب الإجماع لقوته ، فالقواعد الفقهية مهما كان مصدرها ،سواء كانت حديثا آحادا أو استقراء أضعف من الإجماع فإذا وجدت قاعدة كلية و اشتملت تحت حكمها جزئيات و أتى إجماع يستثني فردا من أفراد القاعدة قطعنا بعدم دخول هذه الجزئية تحت حكم القاعدة.و على القول بأن من شروط القاعدة عدم وجود أصل أقوى منها.و سوف أتناول في ما يلي تطبيقات توضح خروج بعض جزئيات القاعدة بسبب الإجماع.

المطلب الأول : المثال الأول : قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ".

1 - شرح القاعدة:

القاعدة المذكورة فرع لقاعدة عظيمة، وهي " الأمور بمقاصدها "، لأن مدار تصرفات المكلف وأقواله مبنية على النية، فالقصد والنية يجعل العمل عبادة، أو غير عبادة ، طاعة أو معصية، حلالا أو حراما، صحيحا أو فاسدا ، إلى غير ذلك من الصور التي يرتب فيها العمل بحسب النية والقصد، لا فرق بين أن يكون العمل قولا أو فعلا. والدلائل على هذه القاعدة تفوق الحصر، والأصل فيها قوله صلى ا عليه وسلم:" إنّما الأعمال بالنّيات وإنّما لكلّ امرئ ما نوى".[1]

([1]) الحديث سبق تخريجه.

أما الدليل على أن العمل تابع للنية والقصد فمنها قوله تعالى في حق الأزواج إذا طلّقوا أزواجهم طلاقا رجعيا :"و بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا " سورة البقرة228. و قوله : " و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا "سورة البقرة231. وذلك أنص في أن الرجعة إنّما ملّكها ا لمن قصد الإصلاح دون من قصد الضرار.

وفي الوصية قوله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار "سورة النساء12. فإنما قدم ا الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها. وكذا قوله : " فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه "سورة البقرة182. فرفع الإثم عمن أبطل الجنف والإثم من وصية الموصي ولم يجعلها بمنزلة نص الشارع الذي تحرم مخالفته.[1]

وقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " تدل على أن الشارع جعل القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها له وحقائقها أو قصد غيرها . وإليك تقسيمات لصيغ العقود توضح وتفصل الصور التي تكون عليها العقود.

تقسيمات لصيغ العقود:

المتكلّم بصيغ العقود، إما أن يكون قاصدا للتكلم بها أو لا يكون قاصدا:

أ- فإن لم يقصد التكلم بها كالمكره والنّائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء - وإن كان في بعض ذلك نزاع وتفصيل ـ والأدلة على ذلك كثيرة منها قوله تعالى : " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان " النحل 106 و قوله صلى ا عليه وسلم : " إن ا تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".[2] ومنها حديث الذي من شدة فرحه قال:" اللهم أنت عبدي وأنا ربك، أخطأ من شدة الفرح".[3]

ب- إن كان قاصدا التكلم بها:

([1]) إعلام الموقعين 95/3 –96.

([2]) رواه ابن ماجة في سننه:كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره و الناسي،رقم2043.

([3]) رواه مسلم في صحيحه: كتاب التوبة من حديث أنس،رقم 6960.

1- فإما أن يكون عالما بغاياتها متصورا لما ترتب عليها أحكامها والتزاماتها في حقه.

2- أو يكون عالما بغاياتها ومتصورا لها لكنه لا يقصد معناها ولا غيره فهو كالهازل وسنذكر حكمه.

3- أما إذا كان لا يدري معانيها البتة بل هي عنده كأصوات ينعق بها، فإن لم يكن عالما بمعناها ولا متصورا ، لم يترتب عليه أحكامها أيضا ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك.

وهكذا فالتكليف الذي يترتب عليه الثواب والعقاب، إنّما يتعلّق بالعمل ما دام مصحوبا بالقصد والنية ، أما إذا عري عنهما فلا تكليف حينئذ.

2ـ الاستثناء :حكم عقود الهازل:

يستثنى من ذلك الهازل والمستهزئ فإنّهما وإن كانا غير قاصدين حقيقة ما ينشئانه من عقود وتصرفات إلا أنّهما يعاقبان بلزوم عقودهما،لأن الهزل و الاستهزاء ليسا من الأعذار المسقطة للتكليف بل هما من منهيات الشرع:"لا تتخذوا آيات ا هزؤا"البقرة 229، وقال:" لئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب،قل أ با وآياته ورسوله كنتم تستهزئون"التوبة 65 [1]

تعريف الهزل:

أـ لغة:ضد الجد، والمراد به المزاح، ومادة الهاء، و الزاي واللام : كلمتان في قياس واحد تدلان على ضعف، فالهزل ضد الجد، والهزال ضد السمن.[2]

ب ـ اصطلاحا:هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له اللفظ، أي أن لا يراد من اللفظ لا المعنى الحقيقي ولا المجازي، بل يراد به غيرهما مما لا تصح إرادته من اللفظ.[3]

([1]) انظر قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص 177 و إعلام الموقعين 121/3-122.

([2]) معجم مقاييس اللغة 151/6

([3]) التلويح 194/2، التقرير والتحبير 194/2

وهو لا ينافي الأهلية أصلا([1]) ولا الاختيار والرضا بالتكلم بصيغة العقد، بل أن ذلك كان برضاه واختياره، ولكنه ينافي في اعتباره ثبوت الحكم، أي الأثر المترتب عليه و رضاه به.

الأمور التي يمكن أن يعتريها الهزل ثلاثة أقسام:

1ـ **الاعتقادات:** فالهزل فيها استخفاف بالدين،و يعتبر الهازل في أمور العقيدة كافرا ، قال تعالى :" إنما كنا نخوض ونلعب قل أبا و آياته و رسوله كنتم تستهزئون لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم"سورة التوبة65.فقد بين ا أن اللهو و اللعب و الاستهزاء بآيات ا أو بشعيرة من شعائره كفر بالدين لقوله تعالى:"ذلك جزاؤهم جهنم بما كفروا و اتخذوا آياتي و رسلي هزؤا".و إنما جهنم جزاء للكافرين فيجري على الهازل في أمور الاعتقاد أحكام الردة.

2 ـ **الإخبارات:** و الهزل مبطل لها لأنه كذب فمن أقر بزواج أو طلاق أو بيع أو إجارة هازلا كان إقراره لغوا.

3 ـ **الإنشاءات:** و قد قسمها الفقهاء قسمين:ما يؤثر فيه الهزل و ما لا يؤثر فيه الهزل أخذا من الحديث :"ثلاث جدهن جد و هزلهن جد :الطلاق و النكاح و الرجعة" و في بعض الروايات :"العتاق" و "اليمين" بدل الرجعة.فقد رأى الفقهاء أن التصرفات التي نص عليها الحديث لا تتأثر بالهزل ، و اختلفوا فيما عداها من عقود كبيع الهازل و شرائه،فقال الجمهور:أن العقود المذكورة صحيحة نافذة و ما عداها باطل،و ذهب الحنفية إلى أن عقوده المذكورة صحيحة نافذة لما قدمنا و صحيحة ينقصها الرضا بآثار العقد فيما عداها فتكون موقوفة على إجازة صاحبها بعد زوال الهزل فإن أجازها نفذت و إلا بطلت.[2]

أحكام عقود الهازل:

مما يعترض على عموم القاعدة ويعتبر استثناء منها بإجماع العلماء نفاذ طائفة من تصرفات الهازل مع أن قصده منتف عما صدر عنه، وهذا معارض لمقتضى القاعدة "الأمور بمقاصدها" أو "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فإن

([1]) اعتبره الأحناف من عوارض الأهلية بسبب تأثيره في بعض الأحكام.

[2] انظر: غاية المأمول في توضيح الفروع للأصول 106-108 و إعلام الموقعين 125/3-126.

نكاح الهازل وصريح طلاقه ورجعته واقع بإجماع العلماء وهو المحفوظ عن الصحابة والتابعين أخذا من الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي ا عنه قال: قال رسول ا صلى ا عليه وسلم:" ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح، والطلاق والرجعة".[1]

قال الترمذي حديث حسن غريب . وقد ورد هذا الحديث بروايات جاء في بعضها اليمين بدل الرجعة وجاء في بعضها الآخر العتاق ، لذلك ألحقت العتاق واليمين في لزوم حكمهما على الهازل. قال ابن المنذر رحمه ا :"أجمع كل من أحفظ من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روي هذا عن عمر بن الخطاب، وابن مسعود،ونحوه عن عطاء وعبيدة ، و به قال الشافعي وأبو عبيد، وأهل العراق".[2]

وقد جاء في مختصر خليل:" ولزوم الطلاق ولو هزلا . قال ابن عرفة: وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقا .وقد علق ابن العربي على قياس الأحناف للمكره على الهازل بقوله: وهذا قياس باطل لأن الهازل قاصد إلى إيقاع الطلاق و راض به والمكره غير راض".[3]

وقد ذهب جماعة - منهم بعض المالكية وبعض الحنابلة - إلى أن اللفظ الصريح يفتقر إلى النية. واستدلوا بقوله تعالى :" وإن عزموا الطلاق" البقرة 228 ، فدلت على اعتبار العزم والهازل لا عزم له، وأجاب صاحب البحر بالجمع بين الآية والحديث فقال:" يعتبر العزم في غير الصريح لا في الصريح ، و الاستدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح من أصله لأنها نزلت في حق المولى فلا تحتاج إلى الجمع".[4]

وعلق ابن القيم رحمه ا على لزوم نكاح الهازل وطلاقه وعتقه بقول شاف جاء فيه : " و الفقه فيه أن الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد ، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى ، لأن ذلك لا يقع

([1]) رواه الخمسة إلا النسائي : أبو داود في سننه:كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل ،رقم2194، الترمذي في جامعه:كتاب الطلاق و اللعان،باب ما جاء في الجد و الهزل في الطلاق رقم 1184 ، ابن ماجه في سننه:كتاب الطلاق،باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا رقم 2039.

([2]) المغني 8 /280.

([3]) مواهب الجليل 44/4-45.

([4]) انظر نيل الأوطار278/6.

على اختياره، وذلك أن الهازل قاصد للقول ومريد له مع علمه بمعناه و موجبه وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما".[1]

الخلاصة : خلاصة ما تقدم أن اعتبار عبارات الهازل في المجالات المتقدمة كان عقابا له على استخفافه بالدين، وتجرئه على العبث في أمر ينبغي أن يصان عن ذلك ، إذ أنّها مما يتعلّق بها إلى جانب حقوق العباد حق ا سبحانه وتعالى فالهزل و المزاح في حقوق ا تعالى غير جائز، فيكون جد القول وهزله سواء ، بخلاف جانب العباد لذلك من فرق بين النكاح وبابه والبيع وبابه في ترتيب أحكام الهازل عليها قال بالحديث والأثر، وإن البيع تصرف في المال الذي هو محض حق الآدمي ولهذا يملك بذله بعوض وبغير عوض. وللعلماء تفصيل في ترتيب الأحكام على الهازل في الأبواب الأخرى للفقه الإسلامي لا نجد داعيا لذكرها هنا كونها مما لا يتعلق بها غرض في هذا الموضوع.

المطلب الثاني : المثال الثاني : قاعدة:"العصيان ينافي الترخيص"أو"الرخص لا تناط بالمعاصي".

1 - شرح القاعدة:

الترخيص:المراد بالترخيص منح المكلّف رخص الشرع و تخفيفاته،وذلك بالنّقصان من التكليف كقصر الصلاة،أو بإسقاطه كإسقاط الجمعات والصوم والحج بأعذار معروفة،أو بالإبدال كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم،أو بغير ذلك من صور التخفيف. ويكون ذلك لأسباب يعتبرها الشرع ويعتد بها، كالسفر والمرض، والإكراه....الخ.([2])

والأصل في التكليف الإتيان به على وجه العزيمة كما سبق أن بينّا في المثال السابق لكن قد يصيب المكاف من الحالات والعوارض ما يتعذر به عليه ذلك فينتقل به إلى حالة الرخصة. والمفروض أن يكون انتفاع المكاف برخص الشرع في حالة الطّاعة ، أما إذا كان عاصيا كأن سافر لقطع طريق أو إخافة سبيل ، فإن ذلك يتنافى مع ترخيص الشرع و تخفيفاته وهذا هو معنى القاعدة :" العصيان ينافي الترخيص " ،

([1]) اعلام الموقعين 124/3.

([2]) قواعد الأحكام:373.

ويعبر عنها الفقهاء أيضا بقولهم : " الرخص لا تناط بالمعاصي"، وهي مستنبطة من قوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه" والآية فيها إجمال واشتراك جملي، لأنها تحتمل معنيين:

أ- غير باغ ولا عاد: أي غير قاطع سبيل ولا مفارق جماعة، ولا خارج في معصية.

و معنى الآية في هذا الاحتمال : أن المسافر إذا اضطر إلى أكل الميتة أو غيرها من المحرمات فله ذلك إذا كان سفره سفر طاعة لا سفر معصية، فإذا كان سفر معصية فلا رخصة له في ذلك.

ب– غير باغ ولا عاد: أي غير متجاوز حدود الضرورة ولا متعد الذي أبيح له. ومعنى الآية على هذا الاحتمال: أن المسافر إذا اضطر إلى أكل الميتة فله ذلك في حدود ما يسد به رمقه ويذهب عنه الضرر والهلاك المتوقع.[1]

ونشأ عن هذا الاشتراك اللفظي اختلاف بين الفقهاء في القاعدة المستنبطة من هذه الآية لذلك فإنها كثيرا ما تصاغ بصيغة الاستفهام:" العصيان هل ينافي الترخيص؟ ". إذ ذهب كل فريق إلى التمسك بأحد المعنيين ومن ثم الحكم على العاصي بسفره بناء عليه :هل يحق له التمتع برخص الشرع أم لا؟ فرخص له الأحناف بناء على مذهبهم لأنه لا فرق عندهم بين سفر الطاعة وسفر المعصية في الانتفاع بالرخص وبمثل ذلك قال بعض المالكية وبعض الشافعية. وحجتهم المعنى الثاني للآية أي غير متجاوزين حد الضرورة . ومنعه الحنابلة وطائفة من المالكية. وفصل بعضهم ، فأقرها في العبادات ولم يقرها فيما عداها ، وهو مذهب الإمام الشافعي بناء على أن المراد بالبغي والعدوان في الآية في العصيان في السفر وهو المعنى الأول المشار إليه سابقا.

2- الاستثناء: أكل الميتة للعاصي بسفره .

إذا – وبعد البيان السابق - هل يشكل أكل الميتة بالنسبة للمضطر في سفر المعصية فردا من أفراد هذه القاعدة وبالتالي يجري عليها الخلاف المذهبي السابق أم أنها تخرج استثناء، لأن الأمر هنا تعلق بحفظ النفس وهي أعظم كليات الشرع؟

([1]) جامع البيان للطبري 86/2 إلى 88

قال الجصاص - من الحنفية- :"من امتنع عن المباح حتى مات كان قاتلا نفسه متلفا لها عند جميع أهل العلم. ولا يختلف في ذلك عندهم حكم العاصي والمطيع، بل يكون امتناعه عند ذلك من الأكل زيادة في عصيانه ".[1] فلم يروا مسوغا للعمل بالقاعدة بالمرة محتجين بقوله تعالى:" ولا تقتلوا أنفسكم". النساء 29

ونقل عن الشافعية القولان: الصحيح منهما القول بالجواز:

الأول: ما جاء في الأم للإمام الشافعي:" من خرج عاصيا لم يحل له شيء مما حرم ا عز وجل بحال لأن ا تبارك وتعالى إنما أحل ما حرم بالضرورة على شرط أن يكون المضطر غير باغ ولا عاد ولا متجانف لإثم".[2]

الثاني: القول بجواز أكل الميتة للعاصي بسفره، وقد صححه الكيا الهراسي وبرر ذلك بقوله:" ليس تناول الميتة من رخص السفر أو متعلقا بالسفر بل هو نتائج الضرورة سفرا كان أو حضرا، وهو كالإفطار للعاصي المقيم إذا كان مريضا. وهو الصحيح عندنا".[3]

وكذا ذكر عن المالكية قولان، احتج الفريق الأول بحجج الحنابلة. قال ابن العربي عن رخص السفر للعاصي:" لا تباح له بحال: لأن ا تعالى أباح له ذلك عونا، والعاصي لا يحل أن يعان فإن أراد الأكل فليتب ويأكل".[4]

وصحح القرطبي المذهب الثاني وعقب على ابن العربي بقوله:" والصحيح خلاف هذا فإن إتلاف المرء نفسه في سفر معصية أشد معصية مما هو فيه، قال تعالى:" ولا تقتلوا أنفسكم، وهذا عام، ولعلّه يتوب في ثاني حال فتمحو التوبة عنه ما كان".[5]

و على هذا الذي ذهب إليه أغلب المالكية أمثال ابن الخويزمنداد، والقاضي عبد الوهاب و هو المشهور من مذهب مالك رحمه ا تعالى.[6]

([1]) أحكام القرآن للجصاص 147/1.

([2]) الأم 277/2.

([3]) أحكام القرآن لالكيا الهراسي 42/1.

([4]) أحكام القرآن لإبن العربي 42/1.

([5]) الجامع لأحكام القرآن 2/ 232.

([6]) انظر الإشراف 116/1، المنتقى للباجي 138/3- 139.

وذهب الحنابلة إلى التفسير الأول كما أسلفنا وقالوا: الرخصة إنّما تجوز ما لم يصحبها بغي وعدوان، فإن صحبها بغي وعدوان سقطت إلاّ أن يتوب العاصي. غير أن ظاهر كلام العلامة ابن قدامة يخالف إمامه في ذلك لأنه جعل لفظ الاضطرار عام في كل حال، وأن حفظ النّفس عن الهلاك أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات فقال:" وتباح المحرمات عند الاضطرار لها في السفر والحضر جميعا لأن الآية مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين وقوله:(فمن اضطر) لفظ عام في حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون في الحضر في سنة المجاعة وفي السفر، وسبب الإباحة الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات، وهذا المعنى عام في الحالتين، وظاهر كلام أحمد أن الميتة لا تحل لمن يقدر عن دفع ضرورته بالمسألة".[1]

والحاصل: أن الفقهاء في كل المذاهب متفقون على أن حالة الاضطرار لا فرق فيها بين العاصي والمطيع، في السفر أو الحضر، لأن المحافظة على النفس مصلحة مقدمة ومقصد عظيم من مقاصد الشرع والمحافظة عليها مأمور بها نصا : " و لا تقتلوا أنفسكم " " و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة".

و قد حقق الإمام القرافي رحمه ا تعالى في المسألة تحقيقا دقيقا خرج فيه بإجماع العلماء على الترخيص للعاصي بسفره في أكل الميتة، دون القصر والفطر، ففرق بين كون المعصية سببا للرخصة وبين كونها مقارنة لأسباب الرخص فعمل في الأول بالقاعدة واستثنى الثاني بسبب الإجماع.

قال رحمه ا مفرعا على الفرق بين المقاصد والوسائل : " وتفرع على هذا الفرق فرق آخر وهو الفرق بين كون المعاصي أسبابا للرخص وبين قاعدة مقارنة المعاصي لأسباب الرخص، فإن الأسباب من جملة الوسائل، وقد التبست ههنا على كثير من الفقهاء، فأما المعاصي فلا تكون أسبابا للرخص و لذلك العاصي بسفره لا يقصر و لا يفطر، لأن سبب هذين السفر و هو في هذه الصورة معصية فلا يناسب الرخصة، لأن ترتيب الترخيص على المعصية سعي في تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها، و أما مقارنة المعاصي لأسباب الرخص فلا تمنع إجماعا، كما

---

(1) المغنى76/11.

يجوز لأفسق الناس و أعصاهم التيمم إذا عدم الماء و هو رخصة، و كذا الفطر إذا أضر به الصوم و الجلوس إذا أضر به القيام في الصلاة، و يقارض ، و يساقي، و نحو ذلك من الرخص و لا تمنع المعاصي من ذلك لأن أسباب هذه الأمور غير معصية، بل هو عجزه عن الصوم و نحوه و العجز ليس معصية.

فالمعصية ههنا مقارنة للسبب لا سبب، و بهذا الفرق يبطل قول من قال:إن العاصي بسفره لا يأكل الميتة إذا اضطر إليها، لأن سبب أكله خوفه على نفسه لا سفره ".[1]

و يؤكد ابن خويزمنداد هذا المعنى فيقول: " فأما الأكل عند الاضطرار: فالطائع و العاصي فيه سواء، لأنّ الميتة يجوز تناولها في السفر و الحضر، و ليس بخروج الخارج إلى المعاصي يسقط عنه حكم المقيم، بل أسوأ حالة من أن يكون مقيما و ليس كذلك الفطر والقصر، لأنهما رخصتان متعلقتان بالسفر، فمتى كان السفر سفر معصية لم يجز أن يقصر فيه، لأن هذه الرخصة تختص بالسفر، و لذلك قلنا: إنه يتيمم إذا عدم الماء في سفر المعصية، لأن التيمم في الحضر و السفر سواء، و كيف يجوز منعه من أكل الميتة و التيمم لأجل معصية أرتكبها و في ترك الأكل تلاف نفسه، و تلك أكبر المعاصي، و في تركه التيمم إضاعة للصلاة.

أيجوز أن يقال له: "ارتكبت معصية فارتكب أخرى؟".

و هو مشهور مذهب مالك رحمه ا [2].

و الحاصل : فرغم أن القاعدة مختلف فيها بين الفقهاء كما رأينا بين مجيز و مانع من الانتفاع برخص الشرع للعاصي بسفره، غير أن القاعدة هنا تعارضت مع أصل عظيم من أصول الشرع و هو المحافظة على النفس لقوله تعالى:"و لا تقتلوا أنفسكم" و هذا أصل مجمع عليه لا يدع مجالا للاختلاف في استثناء هذه المسألة من القاعدة.

المطلب الثالث : المثال الثالث : قاعدة" الضرورات تبيح المحظورات ".

1- شرح القاعدة:

([1]) الفروق 33/2ـ 34 الفرق الثامن و الخمسون.

([2]) أنظر المنتقى للباجي 138/3 ـ 139

أصل الضرورات: أصل الضرورات قوله تعالى:" وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه" الأنعام 120

قال الجرجاني:" الضرورة(*) مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له".[1]

الاضطرار: الحاجة الشديدة.

المحظور: أي المنهي عن فعله: أي الممنوع شرعا يباح عند الضرورة.

ولقد حدد الإمام الشافعي رحمه ا ميزان الضرورة التي يباح بها المحرم ، قال رحمه ا : " المضطر: الرجل يكون بالموضع لا طعام فيه ولاشيء يسد فورة جوعه من لبن و ما أشبهه، و يبلغه الجوع ما يخاف فيه الموت أو المرض و إن لم يخف الموت أو يضعفه أو يضره، أو يعتلّ، أو يكون ماشيا فيضعف عن بلوغ حيث يريد أو راكبا فيضعف عن ركوب دابته أو ما في المعنى من الضرر المبين."[2]

ما يتعلق بأفعال المكلفين: يتعلق بأفعال المكلفين من جهة التصرفات الحسية حكمان:

ـ حكم متعلق بذات الفعل لمقاصد دنيوية:لكون الفعل صحيحا أو باطلا منعقدا أم لا..الخ.

ـ حكم متعلق بذات الفعل لمقاصد أخروية: و هي إما عزيمة أو رخصة:

أ ـ أما العزيمة: فهي ما شرع ابتداء غير مبني على أعذار، و لا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلّفون دون بعض، ولا بعض الأحوال دون بعض، كالصلاة مثلا فإنها مشروعة على الإطلاق و العموم على كل شخص وفي كل حال، و كذا شعائر الإسلام الكلية. و يدخل ضمن هذا ما شرع لسبب مصلحي في الأصل، كالمشروعات المتوصل بها إلى إقامة مصالح العباد في الدارين ، من البيع والإيجار وسائر عقود المعاوضات و أحكام الجنايات والقصاص والضمان وبالجملة جميع كليات الشريعة.

(*) الضرورات في الفقه الإسلامي خمس هي: حفظ الدين ، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ العرض، و حفظ المال و يكون حفظها بإيجادها ابتداء و المحافظة عليها، أما ما دون ذلك فهو على ضربين إما حاجي أو تحسيني ولكل مكملاته.

(1) التعريفات 180.

(2) الأم 276/2.

ب- أما الرخص:_فما شرع لعذر شاق استثناه من أصل كلّي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فبه، فكونه مشروعا لعذر مستثنى من أصل كلّي، يبين أن الرخص ليست بمشروعة ابتداء فلذلك لم تكن كليّات في الحكم، وإن عرض لها ذلك فبالعرض فإن المسافر إذا أجزنا له الفطر والقصر فإنّما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة والصيام، فإن الاستثناء ثان عن استقرار حكم المستثنى منه على الجملة وكذلك أكل الميتة للمضطر في قوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد" البقرة 173 وكونه مقتصرا به على موضع الحاجة خاصة من خواص الرخص أيضا لابد منه، وهو الفاصل لما شرع من الحاجيات الكلية، وما شرع من الرخص الجزئية يقتصر فيها على موضع الحاجة.[1]

أنواع الرخصة: الرخصة أنواع وتترتب على كل حكمه الشرعي:

- فنوع هو مباح كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر عند المجاعة و الغصةّ أو العطش (الملجئ) أو عند الإكراه التاّم بقتل أو قطع عضو. فهذه الأشياء تباح عند الضرورة لقوله تعالى:" إلا ما اضطررتم إليه" أي دعتكم شدة المجاعة إلى أكلها والاستثناء من التحريم إباحة.

وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق بالإكراه، فيباح التناول ولا يباح الامتناع حتّى لو امتنع حتى مات أو قتل يؤاخذ لأنه بالامتناع صار ملقيا بنفسه في التهلكة، وقد نهي عن ذلك.

وإن كان الإكراه ناقصا كحبس أو ضرب لا يخاف منه التلف، لا يحل له أن يفعل.

- ونوع لا تسقط حرمته بحال ولكن يرخّص فيه: كإتلاف مال المسلم والقذف في عرضه وإجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان إذا كان الإكراه تاما فهو في نفسه محرم مع ثبوت الرخصة، فاثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا في تغيير وصفه وهو الحرمة، والامتناع عنه أفضل، حتى لو امتنع فقتل كان مأجورا.[2]

تطبيقات القاعدة: من تطبيقات القاعدة :

([1]) الموافقات 223/1-225.

([2]) شرح المجلة للآتاسي 55/1-56

1 - نظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعا من مريض، فإنه يرخص له و يرفع به الإثم للضرورة، لا الحرمة.

2- وكأكل مال الغير عند المخمصة اضطرارا يسقط عنه الإثم لكن لا يسقط حرمة مال الغير بل يجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه.

وعليه فإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة، قواعد فرعية أخرى منها: الضرورة تقدر بقدرها، وما جاز لعذر بطل بزواله، والحاجة منزلة منزلة الضرورة عامة أو خاصة، و الاضطرار لا يبطل حق الغير، وغير ذلك مما يطول شرحه هنا.

2 - الاستثناء : الإكراه على قتل المسلم.

يستثنى من هذه القاعدة : " الضرورات تبيح المحظورات " القتل ، فقد أجمع الفقهاء على أنه من أكره على قتل النّفس فإنه لا يجوز له ذلك بحال ولو أدى امتناعه إلى هلاكه.

قال القرطبي رحمه ا تعالى:

" أجمع العلماء على أنه من أكره على قتل غيره لا يجوز له الإقدام على قتله، ولا انتهاك حرمته، ويصبر على البلاء الذي نزل به ولا يحل له أن يفدي نفسه بغيره".[1]

و جاء في المغني:

" وإن لم يجد إلا آدميا محقون الدم لم يبح له قتله إجماعا ولا إتلاف عضو منه مسلما كان أو كافرا، لأنه مثله فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلاف غيره، وهذا لا خلاف فيه".[2]

وفي بدائع الصنائع:

" أما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلا فهو قتل المسلم بغير حق، سواء كان الإكراه ناقصا أو تاما لأن قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بحال. قال ا تبارك وتعالى:(ولا تقتلوا النفس التي حرم ا إلا بالحق) وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك".[3]

([1]) الجامع لأحكام القرآن 10 /183.

([2]) المغني 80/11.

([3]) بدائع الصنائع 283/7.

وقد اعتمد المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك في مخمصة لم يكن له أن يقتل إنسانا فيأكله.[1]

والحاصل:

رغم أن منطوق القاعدة يفيد أن الضرورة تبيح المحظور بإطلاق،وظاهر الأمر أن المكره حالة من حالات الاضطرار،غير أن القاعدة مقيدة بقاعدة أخرى يندرج هذا المثال تحتها أو يشكل واحدا من جزئياتها وهي قاعدة" الضرر لا يزال بالضرر" و"الضرر لا يزال بمثله"م65المجلة، فمهما كان الضرر واجب إزالته فإما أن تكون إزالته بلا ضرر أصلا، أو بضرر أخفّ منه، أما بضرر مثله فهذا لا يجوز شرعا ولا عقلا، أما من ناحية الشرع فواضح وقد سقنا إجماع الأمة بل إجماع الشرائع السماوية على حفظ النفس ، أما عقلا فإنه سعى لإزالة ضرر بمثله وهذا عبث .

إذن رغم أن هذا المثال يذكر استثناء من القاعدة في كتب القواعد إلا أنه عند التحقيق يتبين أن لا استثناء ،لأنه يشكل فردا من أفراد القاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" التي هي قيد للقاعدة الكبرى " الضرورات تبيح المحظورات " .

---

(1) بداية المجتهد 396.

الفصل الثالث:

الاستثناء بسبب القياس

و فيه ما يلي:

المبحث الأول: القياس:تعريفه،حجيته

المبحث الثاني : مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس

المبحث الأول:

القياس:تعريفه،حجيته

المطلب الأول : تعريف القياس:

أ- لغة:

القياس في اللغة: التقدير والمساواة: يقال: قست النعـل بالنّعـل إذا قدرتـه بـه ، فساويته،وقست الثوب بالذراع : أي قدرته به، وفلان لا يقاس بفـلان أي لا يـساوى به.(1)

وقد وردت المقايسة أيضا بمعنى المسابقة

قال الشاعر:

لعمري لقد قاس الجميع أبوكم فهلاّ تقيسون الذي كان قائسا

وهذا المعنى - أي المسابقة والسبق - راجع إلى المعنى السابق أي " التقدير"، لأن المسابقة بين اثنين إنّما هي تقدير يجري أحدهما بالنسبة للآخر.

و يقال أيضا:" جارية تميس ميسا وتخطو قيسا" أي تأتي بخطاها مستوية ومتـساوية. وهذا المعنى راجع أيضا إلى التقدير، لأن مساواة شيء بشيء لا تعرف إلا بالتقدير.(2)

ومن هنا نشأ اختلاف العلماء في كون لفظ "القياس" حقيقة في المعنيين معـا أو فـي أحدهما مجازا في الآخر:

فذهب بعضهم إلى أنه مشترك لفظي بين التقدير والمساواة، ووجهته في ذلك أن اللفظ قد استعمل فيهما معا، والأصل في الاستعمال الحقيقة.

---

[1] القاموس المحيط 355- لسان العرب مادة قيس 187/6.

[2] أساس البلاغة: 288/2.

وذهب البعض الآخر إلى أنه حقيقة في التقدير مجازا في المساواة، ووجهته في ذلك أن المساواة لازمة للتقدير،والتقدير ملزوم،واستعمال اللفظ في لازم المعنى مجازا لا حقيقة.

وذهب فريق ثالث إلى أنه مشترك معنوي بين الأمرين.

ولفظ القياس مصدر قست الشيء إذا اعتبرته ـ جمع أقيسة ـ قيسا وقياسا ومنه قيس الرأي وسمي"امرؤ القيس" لاعتبار الأمور برأيه.(1)

وذكر صاحب الصحاح فيه لغة بضم القاف يقال: قست، أقوسة، وقوسا، وهو على اللغة الأولى من ذوات الياء، وعلى اللغة الثانية من ذوات الواو.اهـ(2)

و هو في استعماله بمعنى المساواة والتقدير تعدى بالباء، أما إذا استعمل بمعنى البناء والحمل كما هو معروف عند الفقهاء فإنّه يتعدى بـ (على)، فيقال: النبيذ مقاس على الخمر أي محمول عليه في الحكم.(3)

ب ـ **اصطلاحا**:

أما القياس عند الأصوليين فقد اختلفوا في تعريفه تبعا لاختلافهم في كونه دليلا شرعيا كالكتاب والسنة ، نظر المجتهد أو لم ينظر، أوهو عمل من أعمال المجتهد فلا يتحقق إلا بوجوده.

فمن ذهب إلى الأول كالآمدي وابن الحاجب ، عرفه بأنّه "مساواة فرع لأصل في علة حكمه"، أو ما يقرب من ذلك.

ومن ذهب إلى الثاني كالباقلاني، والإمام الرازي، والبيضاوي وغيرهم فعرفه بما يفيد أنّه عمل من أعمال المجتهد مثل : " تشبيه فرع بأصل لوجود العلة فيه " ، أو " حمل معلوم على معلوم آخر لاشتراكهما في العلّة".(4)

وقد عرفه الأصوليون بتعريفات متقاربة، الإجماع فيها على أنه لا بد في القياس من أصل وفرع وعلة وحكم الأصل هي أركان القياس الأربعة.

---

[1] انظر إرشاد الفحول 126/2-127.

[2] الصحاح 967/3.

[3] إرشاد الفحول 127/2.

[4] انظر المحصول 9/2 ، المستصفى 2 /321 ، الأحكام للآمدي 186/4، أصول الفقه لأبي النور زهير 443.

المطلب الثاني : حجية القياس:

اختلف العلماء في أمر التعبد بالقياس في الشرعيات([1]) على أربعة مذاهب:

1- أنه يستحيل التعبد به عقلا، وهو قول إبراهيم النظام والشيعة وجماعة من معتزلة بغداد.

2ـ وذهب أهل الظاهر إلى أن التّعبد بالقياس جائز عقلا، لكن الشرع لم يرد به بل منعه.غير أن داود الظاهري و ابنه محمد ، والقاشاني و النهرواني كانوا يقولون بالقياس فيما كانت علته منصوصا عليها أو مومأ إليها.

3- وجوب التعبد به عقلا وهذا هو قول القفّال من الشافعية وأبي الحسين البصري.

4-جواز التعبد به عقلا و وقوعه شرعا، وهذا هو قول السلف من الصحابة و التابعين و عليه الأئمة الأربعة ، أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل وأكثر الفقهاء والمتكلّمين.[(2)]

أدلّة الجمهور في إثبات القياس:

احتج القائلون بالقياس بأدلة كثيرة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

1- **القرآن:**

فقد أمر ا تعالى عباده بالاعتبار فقال تعالى في سورة الحشر:" هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ما ظننتم أن يخرجوا و ظنّوا أنّهم مانعتهم حصونهم من ا فأتاهم ا من حيث لم يحتسبوا و قذف في قلوبهم الرعب يخربون بيوتهم بأيديهم و أيدي المؤمنين فاعتبروا يا أولي الأبصار". و الاعتبار عند أهل اللغة : هو تمثيل الشيء بغيره و إجراء حكمه عليه و مساواته به ، وهذا المعنى هو عينه معنى القياس ، و قد روي عن ثعلب أن المراد بالاعتبار : القياس ،و معنى الآية: أنكم إذا صرتم إلى الخلاف و الشقاق صارت حالكم حال بني النظير، واستحققتم من العذاب مثل الذي استحقوه.

---

[1] وقع الاتفاق على أن القياس حجة في الأمور الدنيوية، قال الفخر الرازي:" كما في الأغذية والأدوية" المحصول 2/ 25.

[2] إرشاد الفحول 2/129-134 وانظر الأحكام للآمدي 3/64 وما بعدها، المحلى لابن حزم 1/561 المستصفى 2/64.

قال البيضاوي:" واستدل به على أن القياس حجة من حيث أنه أمر بالمجاوزة من حال إلى حال وحملها عليه في الحكم لما بينهما من المشاركة المقتضية له".[1]

و قد احتج ا سبحانه و تعالى في كتابه الكريم وأقام الحجة على عباده بما رأوا من آثار الأمم التي أصابها العقاب بمخالفة أمره سبحانه، ولو لم يكن القياس حجة لم يكن في ذلك توبيخ ولا إقامة للحجة على الظالمين.

ولما كان ذلك حجة على الظالمين بإجماع المسلمين ثبت أن القياس حجة ودليل شرعي بكتاب ا تعالى.

2- **السنة:**

أما السنة فقد ورد فيها الشيء الكثير مما يدل على حجية القياس، سواء من ذلك السنة القولية أو الفعلية أو التقريرية ومن أمثلة ذلك:

1- حديث معاذ لما أنفذه إلى اليمن فقال عليه الصلاة والسلام: بما تقضي؟ فقـال: بكتاب ا ، قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول ا ، قال: فإن لم تجد؟ قال اجتهد رأيي: والنبي صلىا عليه وسلم أقره على ذلك وقال:" الحمد الذي وفق رسول رسول ا لما يحبه ا ورسوله".[2] والقياس صورة من صور الاجتهاد ،لأن الاجتهاد بـالرأي لا يكون معتبرا إلا إذا كان مردودا إلى أصل.

2- حديث سيدنا عمر أنه سأل النبي صلى ا عليه وسلم عن قبلة الصائم فقـال:" أرأيت إن تمضمضت هل كان عليك من جناح؟ قال: لا، قال: ففيم إذا؟"[3] فقد قـاس النبي صلى ا عليه وسلم القبلة على المضمضة في عدم الإفطار بهما.

3- حديث الخثعمية التي جاءت تسأل النبي صلى ا عليه وسلم عن حجها عن أبيها؟ فقال لها النبي صلى ا عليه وسلم:" أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيته؟ قالت:

---

[1] تفسير البيضاوي 703

[2] أخرجه أبو داود في سننه:كتاب القضاء ،باب اجتهاد الرأي في القضاء،رقم3592.و الترمذي في جامعه:كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي ،رقم1327.

[3] أخرجه أبو داود في سننه:كتاب الصيام،باب القبلة للصائم،رقم2385.

نعم، قال:فدين ا   أحق أن يقضى".(1) قال الباجي:"وهذا أمر بقياس وجوب قضاء دينه تعالى على دين الخلق".(2)

وقد ورد عنه صلى ا   عليه وسلم أنه علل كثيرا من الأحكام إرشادا للعلمـاء إلـى اعتبارالعلل و وجود الأحكام بوجودها و انبنائها عليها وهذا هو القيـاس. منهـا قولـه صلى ا   عليه وسلم :" كنت قد نهيتم عن لحوم الأضاحي فادخروا" ثم قال:" إنما نهيتكم لأجل الدافة".(3)فاخبر عن علة النهي وأنه يجب اعتباره إذا وجد وزوال الحكم بزواله.[4]

3ـ الإجماع:

فإن الصحابة رضوان ا   عليهم أجمعين اتفقوا على إعمال القياس فيما لا نـص فيـه دون إنكار من أحد منهم، والقضايا التي رجعوا فيها إلى القياس لا تكاد تحصى. منها:

- تصريح سيدنا عمر في كتابه لأبي موسى الأشعري وحثه على القياس فيما لا نص فيه عندما ولاّه القضاء وفيه:" أعرف الأشباه والأمثال، ثم قس الأمور برأيك".

- قول سيدنا علي في حد الشارب: أنه" إذا شرب سكر، وإذا سكر هـذى، وإذا هـذى افترى فحدوه حد المفترين" قاس الشارب على القاذف.

- اجتهاد الصحابة و اختلافهم في توريث الجد مع الاخوة وعمل كل فريق بالقيـاس فالذين ورثوا الإخوة مع الجد من الصحابة ـ كزيد بن ثابـت ـ قاسـوا سـبب إرث الاخوة على سبب إرث أبناء الأبناء، والذي حجبوهم به قاسوا الجد علـى الأب وقـد كثرت مناظراتهم في هذه المسألة حتى قال ابن عباس: ألا يتقي ا   زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الأب أبا، يعني بذلك: أن ابن الابن كالابن في كونه يـرث مثله عند عدم وجوده، وأنّه مثله أيضا في كونه يحجب الأخ، أما أب الأب ـ وهو الجد ـ فإنه ليس كالأب في حجب الأخ،فالأب يحجب الأخ، والجد لا يحجبه بل يرث معـه وكل ذلك راجع إلى القياس.

---

[1] أخرجه مالك في الموطأ في الحج و مسلم في الحج 408 و أبو داود برقم 1809 .

[2] إحكام الفصول 495.

[3] رواه البخاري ومسلم في الأضاحي: البخاري برقم 69 55 ،مسلم برقم5103 و اللفظ له.

[4] إحكام الفصول 495.

- قول سيدنا عمر لما قيل له:أن سمرة قد أخذ الخمر من تجار اليهود العشور وخلّلها وباعها فقال رضي ا عنه:قاتل ا سمرة، أما علم أن رسول ا صلى ا عليه وسلم قال:لعن ا اليهود، حرمت عليهم الشّحوم فجملوها وباعوها وأكلـوا ثمنهـا.[1] قـاس الخمر على الشحم وإن تحريمها تحريم لثمنها.

إلى غير ذلك من الوقائع التي تدل دلالة قاطعة على أن الصحابة مثلـوا الوقـائع بنظائرها و شبهوها بأمثالها، و ردوا بعضها إلى بعض في أحكامها دون نكيـر مـنهم على أحد رغم اختلافهم فكان إجماعا سكوتيا ، و هو حجة مغلبة على الظن.[2]

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس

المطلب الأول : المثال الأول:قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور"

1 - شرح القاعدة:

هي قاعدة مهمة من قواعد الفقه تمسك بها جماهير الفقهاء، وقد نص عليها الجـويني رحمه ا في كتابه الغياثي فقال :

" إن المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز عنه".[3]

وعبر عنها القرافي في تفريقه بين خطاب الوضع وخطاب التكليف في الفرق الثالـث والسبعون والمائة بين قاعدة ما يبطل التتابع في صوم الكفارات والنذور وغيـر ذلـك وبين قاعدة ما لا يبطل التتابع فقال- رحمه ا - :

" الأحكام الشرعية على قسمين: خطاب وضع، وخطاب تكليف، فخطاب الوضع هو ما نصب من الأسباب والشروط والموانع والتقديرات الشرعية، وخطاب التكليف هـو الأحكام الخمسة المعروفة(*)، فأما خطاب الوضع فلا يشترط فيه علم المكلّف ولا قدرته

---

[1] رواه البخاري في صحيحه:كتاب أحاديث الأنبياء،باب ما ذكر عن بني إسرائيل، رقم3460. ومسلم في صحيحه:كتاب المساقاة،باب تحريم الخمرة والميتة... رقم4050.

[2] انظر الإحكام للآمدي 38/4-57 .

[3] نقلا عن القواعد الفقهية للندوي : 435-436.

* المقصود بالأحكام الخمسة: أحكام التكليف، الواجب، المندوب، الحرام، المكروه، المباح

ولا إرادته، كالميراث يدخل في ملك الإنسان بالنسب لا يعلم بذلك ولا هو من قدرته و لا إرادته.....الخ ، وخطاب التكليف يشترط فيه العلم والقدرة والإرادة فمالا قدرة لـه عليه لا يكلف به... والقاعدة أن المتعذّر يسقط اعتباره والممكن يستصحب في التكليف لقوله تعالى:" فاتقوا ا ما استطعتم"، وقوله صلى ا عليه وسلم:" إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم".[1]

وقد تعرض لذكرها الإمام عز الدين في القواعد مع بيان بعض الفروع لها فقال: "إن من كلّف بشيء من الطّاعات فقدر على بعضها وعجز عن بعض فإنه يأتي بمـا قدر عليه ويسقط عنه ما يعجز عنه لقوله تعالى:"لا يكلّف ا نفسا إلاّ وسعها".البقرة286[2]

ومبنى القاعدة على التيسير والاعتدال، وأنّها مستقاة من الأدلّة التي تنص على رفع المشقة عن العباد مع الإتيان بما هو مستطاع.

يقول ابن تيمية مشيرا إلى هذه القاعدة :

" فإن أصول الشريعة تفرق في جميع مواردها بـين القـادر والعـاجز، والمفـرط والمعتدي والتفريق بينها أصل عظيم معتمد وهو الوسط الذي عليه أمة الوسط".[3]

ومن فروع القاعدة:

- القادر على بعض الفاتحة يأتي بها بلا خلاف.
- من قدر على بعض السترة فعليه ستر القدر الممكن.

2- الاستثناء: حكم من وجد ماء لا يكفيه للوضوء.

خرج عن هذه القاعدة: الواجد لبعض الماء، هل يتيمم أم يتوضأ بالقدر الموجود علـى بعض الأعضاء ويتيمم على الباقي؟

---

[1] من حديث مطول في صحيح مسلم باب الحج،رقم 1337 ووأوله خطبنا رسول ا صلى ا عليه وسلم:" يا أيها الناس قد فرض ا عليكم الحج فحجوا. انظر : الفروق 193/3-197.

[2] قواعد الأحكام 371.

[3] انظر القواعد الفقهية للندوى 435-436

أجازه الشافعية تماشيا مع القاعدة ، ومنعه جمهور العلماء قياسا على القـادر علـى بعض الكفّارة فإنه ينتقل إلى البدل ولا يأتي بالمقدور عليه ويسقط عليه الباقي ، و إليك التفصيل:

حكم من وجد ما لا يكفيه من الماء :

اختلف الفقهاء فيمن وجد مالا يكفيه للوضوء، فذهب أبو حنيفة ومالك، والثـوري، و الأوزاعي إلى أنه يتيمم و لا يلزمه استعمال الماء ،و هي إحدى الروايتين عن أحمد و به قال الشافعي في القديم واختاره المزني وابن المنذر و قال البغوي : هو قول أكثر العلماء.

وذهب الشافعي في الحديث إلى أنه يستعمل ما معه من الماء ثم يتيم وهي الروايـة الثانية عن أحمد واختاره النووي.[1]

قال ابن رشد رحمه ا :

" وقد اتفقنا نحن وأبو حنيفة، على أن من وجد ماء لا يكفيه لطهارته يتركه ويتيمم، وقال الشافعي: (يجب عليه استعماله ثم يتيمم) ، وقال القرطبي : (والذي يراعى مـن وجود الماء أن يجد منه ما يكفيه لطهارته، فإن وجد أقل من الكفاية يتيمم ولم يـستعمل ما وجد منه، هذا قول مالك وأصحابه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وهو قول أكثر العلماء، لأنه تعالى جعل فرضه أحد الشيئين ، إما الماء، وإما التراب فإن لم يكن الماء مغنيا عن التيمم كان غير موجود شرعا ،لأن المطلوب منه وجود الكفايـة، وهذا الرأي تسانده قاعدة فقهية أخرى هي :(مالا يتجزأ فحكم بعضه كحكم كله)، وذلك بناء على أن الوضوء لا يتجزأ فتعذر بعضه كتعذر كله".[2]

قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف منتصرا لهذا المذهب ومدللا عليه قال:" لأنها طهارة من حدث فإذا عجز عما يفعل به جميعها لم يلزمه منه فعل بعـضها ، أصـله التيمم، و لأنه فرض له بدل فعدم بعضه كعدم كله أصله كفارة الظهار والقتـل ،و لأن البدل والمبدل لا يجتمعان".[3]

---

[1] المجموع شرح المهذّب 268/2.

[2] مواهب الجليل 332/1.

[3] الإشراف 35/1 – 36.

فقاس الواجد لبعض الماء كالواجد لبعض الكفّارة، فإنه ينتقل للبدل ،لأن الواجـد لعتق بعض الرقبة لا تجب عليه قطعا، لأن الشرع قصده تكميل العتق ما أمكن فيـسقط عليه وينتقل للبدل ، ولأن إيجاب بعض الرقبة مع صيام الشهرين جمـع بـين البـدل والمبدل منه وصيام شهر مع عتق بعض الرقبة تبعيض للكفّارة.

و وجه القول الثاني وهو ما رجحه أحمد في إحـدى روايتـين، وأحـد قـولي الشافعي أن ا تعالى قال :" فإن لم تجدوا ماء فتيمموا" النساء 43، وهذا قد وجـد المـاء فيجب أن لا يتيمم وهو واجد للماء لأنه بدل شرع للضرورة فلا ينوب إلا في موضع الضرورة كالمسح على الجبيرة.

جاء في المغني :

" إذا وجد الجنب ما يكفي بعض أعضائه لزمه استعماله وتيمم للباقي نـص عليـه أحمد فيمن وجد ما يكفيه لوضوئه وهو جنب قال: يتوضأ ويتيمم وبه قال عبدة بن أبي لبابة ومعمر ونحوه قال عطاء، وهو أحد قولي الشافعي وقال الحسن والزهري وحماد ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر والشافعي في القول الثاني يتيمم ويتركه، لأن هذا الماء لا يطّهره فلم يلزمه استعماله كالمستعمل. ولنا قوله تعالى:" فلـم تجـدوا مـاء فتيمموا" وخبر أبي ذر في التيمم عدم الماء وهذا واجد. وقال النبي صـلى ا عليـه وسلم:"إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم".[1] ولأنه وجد مـن المـاء مـا يمكنـه استعماله في بعض جسده فلزمه ذلك كما لو كان أكثر بدنه صحيحا و باقيه جريحا ، و لأنه قدر على بعض الشرط فلزمه كالسترة وإزالة النجاسة. وإذا كـان أكثـر بدنـه صحيحا، ولا يسلم الحكم في المستعمل، وإن سلّمنا فلأنه لا يطهر شيئا منـه بخـلاف هذا، هذا في الجنب أما في الحدث الأصغر فعلى وجهين:

الأول: يلزمه استعماله لما ذكرنا في الجنب.

والثاني: لا يلزمه لأن الموالاة شرط فيما إذا غسل بعض أعضائه دون بعض لم يف بخلاف الجنابة، وفارق ما إذا كان بعض أعضائه صحيحا وبعـضه جريحـا، لأن

[1] رواه البخاري و قد سبق تخريجه.

العجز ببعض البدن يخالف العجز ببعض الواجب بدليل أن من بعضه حر إذا ملك رقبة لزمه إعتاقها في كفّارته ولو ملك الحر بعض الرقبة لم يلزمه إعتاقه".[1]

وفرق الإمام الزركشي بين أن يكون المقدور عليه من الوسائل أو المقاصد وجعل ضابطا لذلك فقال:

" الأحسن أن يقال: إن كان المقدور عليه ليس هو مقصودا من العبادة بل هو وسيلة لم يجب قطعا كإمرار الموسى على الرأس في الحلق والختان، لأنه إنما وجب لقصد الحلق والقطع وقد سقط المقصود فتسقط الوسيلة.... وإن كان مقصودا نظر فإن كان لا بد له وجب كستر العورة وغسل النجاسة وإن كان له بدل ينظر فإذا كان اسم المأمور به يصدق على بعضه وجب أيضا كالماء، لأن القليل منه يطلق عليه اسم الماء وإن كان لا يصدق لم يجب كبعض الرقبة فإنه لا يسمى رقبة".[2]

الحاصل: و بالنظر إلى أدلة الفريقين نجد أن المسألة تتجاذبها عدة قواعد، الأولى:" الميسور لا يسقط بالمعسور"، وقاعدة:" الأصل والبدل لا يجتمعان" و "ما لا يتجزأ فحكم بعضه كحكم كلّه بما رأينا في أدلة الجمهور.

وهذا ما أكده الدكتور الروكي في قوله:

" وسبب الخلاف راجع إلى القاعدة المشهورة(الأصل والبدل لا يجتمعان) فالذين أقروا بالقاعدة - وهم الجمهور - منعوا من اجتماع الأصل والبدل في مسألة واحدة وعملوا بقياس الدلالة في صورة التنافي وقالوا : أن واجد ما لا يكفيه من الماء يتيمم ولا يستعمل بعضه لأنه في حكم فاقد الماء والآخرون قالوا: يجمع بينهما".[3]

المطلب الثاني : المثال الثاني : قاعدة :" العادة محكّمة ".

1- شرح القاعدة :

---

[1] المغنى 270/1 – 271.

[2] المنثور في القواعد للزركشي 233/1.

[3] التقعيد للروكي 513 .

أصلها: أصل هذه القاعدة قول عبد ا بـن مـسعود رضـي ا عنـه:"مـا رآه المسلمون حسنا فهو عند ا حسن".[1]

معناها: معنى القاعدة أن العادة - عامة كانت أو خاصة - تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد و لكن عاما، فإن العادة تعتبر حينئذ.

والعادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مـرة بعـد أخرى وهي المرادة بالعرف العملي.[(2)]

فالمراد بها حينئذ مالا يكون مغايرا لما عليه أهل الدين المستقيم والفطرة الـسليمة والعقل المستقيم ولا منكرا في نظرائهم. والمراد من كونها عامة، أن تكون مطّـردة أو غالبة في جميع البلدان، ومن كونها خاصة، أن تكون كذلك فـي بعـضها، فـالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة.

و هي أنواع ثلاثة:

1- **العرفية العامـة:** كوضع القدم، كمن حلف أن لا يضع قدمه في دار فلان فالمراد به عرفا الدخول.

2- **العرفية الخاصة:** كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحاة، أو ما اصطلح عليه في بيع ونحوه بين التجار.

3- **العرفية الشرعية:** كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيهـا اللغويـة لمعانيهـا الشرعية: كالدعاء في معنى الصلاة تركت للمعنى الشرعي الذي هو الصلاة المعروفة في الشرع بأقوالها وأفعالها.

حجيتها:

اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلـوا ذلـك أصـلا فقالوا: كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجـع فيـه إلـى العرف. فقد نقل عن ابن عابدين:" أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه فـإذا

---

[1] حديث حسن أخرجه الإمام أ د مسنده موقوفا على عبد ا بن مسعود. وإنه وإن كان موقوفا فله حكم ا رفوع ، لأنه لا مـدخل للرأي فيه. انظر: شرح القواعد للزرقا 219 . أما ريج ا ديث مفصلا فسيأ ث الاستحسان.

[2] المصدر السابق و الأشباه والنظائر لابن نجيم201 .

ورد النص فإما أن يكون في مخالفتها فلا كلام في اعتباره دونها عامة كانت أو خاصة لأن النص أقوى من العرف".[1]

وكذلك عند المالكية تخصص العام وتقيد المطلق وتفسر الألفاظ والأيمان وسائر الألفاظ المتعارف على مفاهيمها.[2]

واعتمدها الشافعية في أقل سن الحيض والبلوغ وفي قدر الحيض والنفاس وكذلك في إحراز المال المسروق وفي ضابط القليل والكثير في الضبة من الذهب والفضة وفي قصر الزمان وطوله عند الموالاة في الوضوء، وفي البناء على الصلاة وفي الاستئناف وكثرة الأفعال المنافية للصلاة، وفي الرد بالعيب، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة المجرى إذا كان لا يضير مالكها، إقامة للعرف مقام الإذن اللفظي وكذلك الثمار الساقطة من الأشجار المملوكة. وما جهل حاله في الوزن والكيل في عهد النبي صلى ا عليه وسلم رجع فيه إلى عادة بلد البيع على الأصح".[3]

شروط اعتبار العرف و العادة :

وللعرف والعادة أنواع ليس هنا مجال تقصيها وسيأتي في بحث العرف ، إنما لابد من الإشارة إلى أن العرف بجميع أنواعه مراعى في الشريعة الإسلامية و مرجوع إليه، لكن إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

1- أن يكون مطّردا أو غالبا أي أن يكون جريان الناس عليه حاصلا في جميع الحوادث التي هي من مشمولاته أو في أكثرها.

2- أن يكون سابقا للتصرفات المراد تحكيمه فيها، أي إذا كان متأخرا عنها فلا عبرة به، لذلك قال الفقهاء:" لا عبرة بالعرف الطارئ"، فقد نبه العلماء إلى أن النصوص الشرعية يجب أن تفهم على ضوء الدلالة اللغوية والعرفية في عصر صدورها، ولا عبرة بما طرأ من الأعراف بما يقتضي تبدل مفاهيم بعض الألفاظ.

3- أن لا يعارضه تصريح بخلافه: فإذا انعقد بيع بين الاثنين، وكان العرف الجاري في بلديهما هو نقل المبيع على البائع، لكن اشترط المشتري في العقد أن يتحمل البائع

---

[1] رد المحتار: بلوغ الغلام.

[2] انظر الفروق للقرافي 173/1 و قواعد المقري 336.

[3] المنثور للزركشي 356/2.

نقل المبيع، فإن هذا الشرط صريح في مخالفة العرف. قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام:"كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صح".[1]

4ـ أن لا يعارض بنص شرعي معارضة يستحيل معها الجمع بينهما، فحينئذ لا عبرة بهذا العرف، لأن اعتباره مع هذه المعارضة يؤدي إلى تعطيل النص، والعرف الذي يؤدي إلى تعطيل النص فاسد باطل. كمن أوصى لأقاربه لا يدخل الوارث للنص "لا وصية لوارث".

فإذا توفرت هذه الشروط الأربعة كان العرف معمولا به ومحكّما في تصرفات الناس وما ينشئونه من عقود والتزامات. وقد تتبدل أعراف الناس وعوائدهم، فينبني على ذلك تبدل الأحكام والفتاوى لدى المجتهدين وهو معروف عندهم: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".[2]

2-الاستثناء: حكم البيع بالمعاطاة

صورة المعاطاة : هو أن يعطي أو يضع المشتري الدراهم ويأخذ في مقابلته شيئا ولا يوجد لفظ بينهما، فيكون الإيجاب والقبول مدلولا عليها بالسكوت أو أن يكون الإيجاب من أحد الطرفين ويسكت الطرف الآخر، كأن يقول أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه، أو ما هو عليه الحال في يومنا هذا من تقييد السعر على المبيعات فيأخذها المشتري ويسلم للبائع الثمن، والقرينة وجود الرضى من الجانبين حصلت المعطاة.

والأصل في ذلك : قوله تعالى:" إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" البقرة 275 فالفعل يدل على الرضا عرفا.[3]

استثناء الشافعية للبيع بالمعاطاة: جمهور الشافعية على الرغم من رجوعهم إلى العرف في كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له في اللغة ولا في الشرع كما نقلنا

---

[1] قواعد الأحكام 158/2

[2] قواعد الفقه الإسلامي للروكي بتصرف وانظر إعلام الموقعين 3/3 وما بعدها ففيها أمثلة كثيرة.و سيأتي التفصيل في بحث العرف.

[3] المغني 5/4.

عنهم سابقا، إلا أنهم استثنوا البيع بالمعاطاة عملا بالقياس على النكاح، والعقار والنفائس.

يقول الإمام السيوطي في الأشباه بعد أن ذكر جملة من الأمثلة التي يرجع فيها الشافعية إلى ضبطها بالعرف :

" وخرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة، منها بيع المعاطاة على أصل المذهب فلا يصح بها ولو اعتيدت".[1]

جاء في المجموع :

" المشهور في مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا تصح في قليل ولا كثير وبهذا قطع الجمهور، ووجه المشهور القياس على النكاح، فإنه لا ينعقد إلا باللفظ وقياسا على العقار والنفائس".[2]

جوازه عند الجمهور : وأجاز هذا النوع من البيع المالكية والحنابلة وابن سريج من الشافعية. وتوسط الأحناف فأجازوه في المحقرات دون نفائس الأشياء.

جاء في المغني:

" نص أحمد على صحة هذا البيع فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز؟ قال: بكذا درهم قال: زنه وتصدق به، فإذا وزنه فهو عليه".[3]

وعند المالكية: ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة.

قال الشيخ زروق:

"هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب ولا استيجاب، لأن الفعل يدل على الرضا عرفا، والمقصود من البيع إنّما هو أخذ ما في يدك بعوض يرضاه فلا يشترط القول ويكفي الفعل بالمعاطاة".[4]

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطي: قاعدة العادة محكّمة ص 69 .و انظر :المنثور للزركشي 356/2.

[2] المجموع 190/9 –191.

[3] المغنى 5/4.

[4] مواهب الجليل 4/ 288.

وصححه الحنفية لعدم التعبد في البيع بصيغة الإيجاب والقبول، وقالوا: إنّما المعنى الذي شرع له متعقّل ، وهو الإرفاق بالناس والمصلحة لهم فيقوم حينئذ المعاطاة مقامه للعرف. ونقل عن القاضي من الحنفية صحته في خسائس الأشياء دون نفائـسها، لأن العرف إنما جرى به في اليسير".[1]

وقريب منه قول ابن سريج من الشافعية.

جاء في المجموع أيضا:

" فخرج ابن سريج من ذلك القول وجها في صحة البيع بالمعاطاة ونقل عنه أن كل ما جرت به العادة فيه بالمعاطاة وعده الناس بيعا فهو بيع وما لـم تجـر فيـه العـادة بالمعاطاة كالجواري والعقار لا يكون بيعا وقال:" إن البيع كـان معهـودا قبـل ورود الشرع فورد به ولم يغير حقيقته بل علق به أحكاما فوجب الرجوع فيه إلى العرف ولم ينقل عنهم لفظ التبايع".

وفي موضع آخر:

" و وجه ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة خرجه من مسألة الهدي إذا قلّده صاحبه فهو يصير بالتقليد هديا منذورا فيقام الفعل فيه مقام القول".[2]

والحق أن العبرة في البيع بالتراضي الذي يحصل بصدور الإيجاب والقبول، فـإذا صدرا سليمين متحدين متّصلين فقد انعقد البيع سواء كانت وسـيلة صـدورهما هـي الكلام، أوغيرها من الوسائل، لأن الناس في عاداتهم وأعرافهم وسائل كثيرة للتعبيـر عن تراضيهم وإبراز رغبتهم في التعاقد وقد تتغير وتتجدد هذه الوسائل مـن عـصر لآخر ومن مكان لمكان لذلك عرف بعض الفقهاء العقد عموما بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعي فالعقـد لا يتوقـف انعقـاده علـى خصوص الكلام بل بكل وسيلة مفهمة كاشفة عن حقيقة الإيجـاب والقبـول إذا كـان مصحوبا بقرائن تدل على التراضي.[3]

---

1 فتح القدير 5/ 77.

2 المجموع شرح المهذب 190/9-191.

3 عن التقعيد الفقهي .58.

المطلب الثالث : المثال الثالث : قاعدة "الزعيم غارم"

1 - شرح القاعدة:

القاعدة نص حديث رواه أبو أمامة عن النبي صلى ا عليه وسلم أنه قال:" العارية مؤداة[1] والمنحة مردودة[2] والدين مقضي والزعيم غارم".[3]

والكفالة أو الضمان والحمالة والزعامة بمعنى الالتزام يقال: ضمن الشيء يضمنه ضمنا أو ضمانا، كفل به فهو ضمين وكفيل، والكفيل و الحميل والزعيم سواء.

قال الخطّابي: " والزعيم: الكفيل، والزعامة: الكفالة، ومنه قيل لرئيس القوم: الزعيم لأنّه المتكفل بأمورهم".[4]

والكفالة بمعنى الضمان: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتيهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما. وقال القاضي: هو مشتق من التضمين لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.

وتعريفه اللغوي لا يختلف عن تعريفه الشرعي فقد عرفه ابن عرفة بقوله: " التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له" أو" هو شغل ذمة أخرى".[5]

والأصل في جوازه : الكتاب العزيز لقوله تعالى:"ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" يوسف72، وقال ابن عباس: الزعيم الكفيل.

أما السنة فالحديث المتقدم: و هو قوله صلى ا عليه وسلم: "الزعيم غارم" وروى البخاري عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى ا عليه وسلم: أتي برجل ليصلى عليه فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران، قال هل ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، فتأخّر، فقيل: لم لا تصلي عليه؟

فقال : " ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه،قال أبو قتادة :هما علي يا رسول ا : " فصلّى عليه النبي صلى ا عليه وسلم".[6]

---

[1] أي أنها مضمونة.

[2] المنحة: ما يمنحه الرجل صاحبه من أرض أو حيوان أو شجر أو غير ذلك بقصد الاستفادة منه مدة معلومة.

[3] أخرجه أبو داود في البيوع باب تضمين العارية رقم 3565.

[4] معالم السنن 176/3.

[5] شرح حدود ابن عرفة 319 . و انظر مواهب الجليل 96/5 .

[6] أخرجه البخاري: كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون والأبدان وغيرها رقم 2295.

والكفالة أنواع : إما كفالة بالمال، وهو التزام غير محجور دينا. وضمان الوجـه، وهو كما عرفه ابن عرفة:" طلب من عليه الدين لمن هو له: أي طلب المكلـف غيـر السفيه والتزامه شخصا عليه دين لمن له الدين ، فإن كان على وجه الإتيان بـه فهـو ضمان الوجه ، وإن كان على وجه التفتيش عنه وإعلام المضمون له بمحلة فهو ضمان الطلب.(1)

وقد أجمع العلماء على جواز الكفالة بالجملة وإنما اختلفوا في فروع منها، كما نقل ابن المنذر إجماعهم على عدم جواز الكفالة في الحدود والقصاص.

2- **الاستثناء : كفالة المجهول.**

وتمسك الجمهور بعموم الحديث و عملوا بالقاعدة في صحة الكفالة واستثنى الـشافعية حالة كفالة المجهول قياسا على البيع بجامع أن كلاّ منهما عقد علـى حـال مجهـول، فخصصوا عموم الحديث بالقياس.

وحجة المجيزين عموم الحديث الذي انتزعت منه القاعدة " الزعيم غـارم".ولقولـه تعالى:" لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" يوسـف 72 ، وحمل البعير غير معلـوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه، ولأنه التزام حق في الذّمة من غير معاوضة.

قال مالك رحمه ا :

" من أوجب المعروف على نفسه لزمه، والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين ". عزاه ابن القاسم له في المدونة.[2]

وبه قال أبو حنيفة:

" أما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المال المكفول به أو مجهـولا، إذا كـان دينـا صحيحا".[3]

وفي البدائع:

---

[1] المنتقى 83/6

[2] المنتقى 83/6.

[3] بدائع الصنائع 411/5.

" لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال جل شأنه:(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) أجاز ا تعالى الكفالة لحمل البعير مع أن الحمل يحتمـل الزيـادة والنقصان".[1]

جاء في المغني:

" صحة ضمان المجهول كقوله: ما أعطيته فهو علي وهذا مجهول، فمن قـال: أنـا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضي به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لـك صح الضمان. وقال الثوري ، والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنـذر: إنـه لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في المبيع".[2]

وفي المهذب:

"لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فامتنع بالجهالة كالبيع".

وقال في المجموع "التكملة":

" يشترط أن يكون الدين معلوما فلا يصح ضمان المجهول قدرا أو جنسا أو صفة فلا بد من بيان ذلك، كأن يقول ضمنت مالك على زيد من دين قـدره عـشرون جنيهـا مصريا أو استيرلينيا أو نحو ذلك، فلو قال ضمنت مالك على زيد من دين وسـكت أو قال: ضمنت لك العشر من الذي عند زيد ولم يبين ، أوقال:"ضمنت لك العشرين جنيها ولم يبين صفتها فإنه لا يصح".[3]

المطلب الرابع:المثال الرابع :قاعدة "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه ".

1-شرح القاعدة :

الصيغ التي وردت بها القاعدة :

و قد عبر عنها بعض الفقهاء بصيغ قريبة نحو قول الزركشي:

---

[1] نفس المرجع السابق.

[2] المغني:72/5.

[3] المجموع: 20/13.

"من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه "،وفي موضع آخر:" المعارضة نقـيض المقصود و عدمه ".[1]

و في المجلة من شرح الآتاسي نقله عن الكفاية :

"من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده ".[2]

مفهوم القاعدة :

أن من استعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطّرد و طاب الحصول عليه " قبـل أوانه "أي قبل وقت حلول سببه العام ، و لم يستسلم إلى ذلك السبب الموضـوع ، بـل عدل عنه و قصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبـل ذلـك الأوان " عوقـب بحرمانه" أي يحرم من النفع الذي كان استحقه لو لم يتعجل ، لأنه افتـأت و تجـاوز ، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمـرة عملـه التي قصد تحصيلها بذلك السبب المحظور".[3]

و هذه القاعدة ذات صلة وثيقة بالقاعدة الأصولية العامة : "سد الذرائع".

وحكمة مشروعيتها : صيانة حقوق الناس و منع التعسف في استعمالها.

فروع القاعدة :

يتفرع على هذه القاعدة :

- إذا قتل شخص مورثه قتلا يوجب القصاص - عمدا أو شبه عمد - يحرم مـن الميراث و يبطل الوصية ، لأنه أساء في قصده فرد الشرع قصده عقابا عليه.[4]

- و من هذا القبيل إثبات الشفعة للشريك في الشرع ، و توجيهـه أن الـشريك لا غرض له من البيع من أجنبي ، و لو باعه من شريكه حصل مقصوده مـن الـثمن و اندفع عن الشريك الضرر ، فإذا باعه من شريكه حصل مقصوده من الثمن و اندفع عن الشريك الضرر ، فإذا باعه من غيره و قد ندبه الشرع إلى عرضه على شريكه راغمه الشرع على قصده و صرف البيع إلى الشريك.[5]

---

[1] المنثور للزركشي: 183/3.

[2] شرح المجلة :268/1.

[3] شرح القواعد للزرقا :471.

[4] انظر:القواعد للندوي: 420، شرح المجلة للآتاسي:286/1،شرح الزرقا:472،الأشباه و النظائر للسيوطي:152.

[5] انظر : المنثور للزركشي :184/3.

ـ و من فروعها أيضا عند الأئمة الثلاثة : من طلق امرأته في مرض موته يحرمها من الإرث بدون رضاها ، و مات قبل انقضاء العدة ، ترثه.

2ـ الاستثناء: حكم إرث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت (طلاق الفار).

لكن الشافعي رحمه ا ذهب إلى أنه لا توارث بينهما مطلقا، و حجته في ذلك القياس .

و إليك تفصيل المسألة :

اتفق الأئمة على أن التوريث بين الزوجين قائم ، إذا كان الطلاق رجعيا و كان الموت في العدة.

و اتفقوا أيضا على أنه لا توارث إذا كان الطلاق في الصحة و بانت قبل الموت .

و اختلفوا فيما إذا طلق المريض زوجته طلاقا بائنا ، و مات من مرضه هل ترثـه أم لا؟ مع اتفاقهم على أنه لا يرثها إذا ماتت قبله:

فذهب أبو حنيفة و مالك و أحمد رحمهم ا تعالى إلى أنها ترثه ، وسمى ذلـك بعضهم طلاق الفار ، على اختلاف بينهم في توريثها ما دامت في العدة أو مطلقا.

فقال أبو حنيفة و أصحابه أنها ترثه ما دامت في العدة ،فإذا مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها.

و حجتهم في ذلك الاستحسان و قول الصحابي .

جاء في الهداية : "إن امرأة الفار ترث استحسانا".[1]

و في تحفة الفقهاء : " فأما المريض إذا طلق و هو صاحب الفراش طلاقا رجعيا أو بائنا أو ثلاثا ، ثم مات من ذلك المرض ، وهي في العدة ، فإنها ترثه عنـدنا خلافـا للشافعي و القياس معه لكنا استحسنا بإجماع الصحابة".[2]

و هذا الإجماع هو أن عثمان رضي ا عنه ورث تماضر بنت الأصبغ ابن زياد الكلبي من عبد الرحمن بن عوف لما بتّ طلاقها في مرضه و مات و هي في العدة و كان بمحضر من الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعا.

---

[1] الهداية :155/3.

[2] تحفة الفقهاء :278/2.

قال ابن الهمام : " و كان مقتضى القياس أن ترث و لو مات بعـد تزوجهـا ـ كقول مالك ـ إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط محل هذه العلة الإمكان و هو بقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون بنسب أو سبب و هـو الزوجيـة و العتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ، و معلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج و التـزوج و غير ذلك ، و قيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة ، فيلزم ثبوت توريثهـا بموتـه فـي عدتها".اهـ[1]

و قال مالك : ترثه مطلقا و لو تزوجت و مات بعد زواجها.

جاء في الموطأ : قال مالك : " و إن طلقها و هو مريض قبل أن يدخل بهـا فلهـا نصف الصداق و لها الميراث و لا عدة عليها ،و إن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله و الميراث".[2]

قال ابن رشد : " و أما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ثم يموت من مرضه فعنـد مالك و جماعة ، ترثه زوجته كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أو لم تتزوج ، عملا بسد الذرائع".والمعنى منعها من حظها من الميراث قائم سواء مات في العدة أم بعدها ، تزوجت أو لم تتزوج.

و كذلك ما رواه مالك في موطئه: أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة و هو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها. و كذلك ورث عثمان نساء ابن مكمل منه ، و كان طلقهن و هو مريض.[3]

و اشترط الإمام أحمد توريثها في العدة و بعدها ما لم تتزوج.

أما قولهم بتوريثها و لو بعد انقضاء العدة عملا بالرواية السابقة الذكر في الموطأ من أن عثمان رضي ا عنه ورث طليقة عبد الرحمن بن عوف بعد انقـضاء عـدتها و المعنى الذي ذكروه من أن السبب في توريثها فراره من ميراثها لا يـزول بانقـضاء العدة .

---

[1] انظر: فتح القدير :150/3.

[2] الموطأ :572/2.

[3] بداية المجتهد :82/2-83.

أما حجتهم في عدم توريثها إذا تزوجت فإجماع المسلمين على أن المرأة الواحـدة لا ترث من زوجين و هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواه كسائر الزوجـات. و أن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعادة.

و العلة التي أوجبت الميراث هي التهمة ، و بزواجها ترتفع التهمة ، لأنهـا فعلـت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها ، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها.[1]

ذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه لا توارث بينهما مطلقا ، وقد استثنوا هذا الفرع مـن القاعدة مع أنهم عملوا بها في غيرها من الفروع ، كحرمان القاتل عمـدا ، و إثبـات الشفعة للشريك ، و عدم طهارة الخمر إذا طرح فيها شيء تتخال...[2]

جاء في الأم : " فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك أصحابنا ، فمنهم من قال لا ترثه ، و ذهب إلى أن حكم الطلاق يقع على الزوجة ، و أن الزوج لا يرث المرأة لو ماتت فكذلك لا ترثه ، لأن الله تعالى ذكره إنما ورث الزوجة من الزوج و الزوج من الزوجة ما كانا زوجين ، و هذان ليسا بزوجين ، و لا يملك رجعتها فتكون في معاني الأزواج فترث و تورث ... و أن الزوجة تعتد من الوفاة أربعـة أشـهر و عشرا و هذه لا تعتد من الوفاة ، و أن الزوجة إذا كانت وارثة إن مات زوجها كانـت موروثة إن ماتت قبله ، و هذه لا يرثها الزوج ، و أن الزوجة تغسل الزوج و يغسلها ، وهذه لا تغسله و لا يغسلها ، و أنه ينكح أختها و أربعا سواها.

قال : وكل هذا يبين أن ليست زوجة ، و إذا لم تكن زوجة فلا ميراث لها بحال".[3]

و ذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أن يورث المرأة و إن لم يكـن للـزوج عليهـا رجعة إذا طلقها و هو مريض و لهم أقوال ثلاث مثل أقوال الأئمة التي سبق توضيحها.

وقد ذكر ابن قدامة تمسك المذهب الثاني بقول ابن الزبير رضي الله عنه في طلاقه : " لو كنت أنا لم أورثها "أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك ، قال : وهو بعد انعقاد الإجماع فلا يقدح.

---

[1] المغني :395/5.

[2] انظر : المنثور للزركشي :183/3.

[3] الأم : 235/5.

لكن حجتهم في ذلك القياس لأن الأصل عند الشافعية لو اختلف بعض أصحاب النبـي صلى ا عليه و سلم في شيء فقال بعضهم فيه شيئا و قال بعضهم بخلافه كان أصـل ما نذهب إليه أن نأخذ بقول من معه القياس.[1]

[1] انظر : الأم :68/3.

الباب الثاني

الاستثناء في القواعد الفقهية و أسبابه من الأدلة المختلف فيها

وفيه ما يلي:

تمهيد

الفصل الأول : الاستثناء بسبب الاستحسان

الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الاستصحاب

الفصل الثالث : الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصلحة المرسلة)

الفصل الرابع : الاستثناء بسبب العرف.

تمهيد:

إن استثناء جزئية ما من حكم كلياتها لا بد أن يكون بسبب أقوى اقتضاه دليل شرعي خاص ، و هي في ذات الوقت دليل قوي على مرونة الشريعة الإسلامية ، و مبناها على رفع الحرج ، و جلب المصلحة ، و درء المفسدة كأصل و مبدأ كلي مقدم ، و كل كلي أدى القول به و الوقوف عند عمومه إلى مشقة و حرج إلا ووجدت له أحكاما استحسانية اعتبارا لمصلحة أو عرف . و هو ما سنوضحه بالأمثلة في هذا الباب.

الفصل الأول :

الاستثناء بسبب الاستحسان

و فيه ما يلي:

المبحث الأول :الاستحسان:تعريفه،حجيته

المبحث الثاني : مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان

المبحث الأول :

الاستحسان:تعريفه،حجيته

المطلب الأول : تعريف الاستحسان:

أ ـ لغـة:

الاستحسان في اللغة: استفعال من الحسن، وهو عد الشيء واعتقاده حسنا.أو ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحا عند غيره.[1]

وقد ورد لفظ الاستحسان في الكتاب والسنة وفي أقوال العلماء:

جاء في كتاب ا العزيز في قوله تعالى:"الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه"الزمر18

وقوله في شأن التوراة لسيدنا موسى:"فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها"الأعراف 145.

و ورد في السنة قوله صلى ا عليه وسلم :"ما رآه المسلمون حسنا فهو عند ا حسن".[2]

ومن أقوال العلماء:

قال الشافعي رحمه ا في المتعة[1]: " استحسن أن تكون ثلاثين درهما".

---

[1] لسان العرب [مادة، حسن].

[2] مسند الإمام أحمد 379/1 موقوفا عن عبد ا بن مسعود وأخرجه أيضا البزار والطيالسي والطبري والبيهقي ، أنظر المقاصد الحسنة 367 ، مجمع الزوائد177/1-178 قال ورجاله موثوقون..

وقال في الشفعة: استحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام.[2]

ب ـ اصطلاحا:

اختلفت عبارات الأصوليين في تحديد مفهومه، فمنها ما يؤدي إلى معنى مقبول إجماعا، ومنها ما يؤدي إلى معنى مردود إجماعا، ومنها ما هو موضع خلاف ونظر. لذلك سوف أعرض تعاريف علماء المذاهب للاستحسان ثم أحرر محل النزاع فيه.

1. الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين:

أ. عرفه الكمال بن الهمام بأنه:

" قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي".

ب. وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي بقوله:

" هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لدليل أقوى يقتضي هذا العدول سواء كان هذا الدليل نصا أو إجماعا ".[3]

2. وعرفه أبو إسحاق الشاطبي المالكي:

" هو - في مذهب مالك- الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي".[4]

3. وقال الباجي:

"الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك، وهو القول بأقوى الدليلين كتخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، فالأصل فيه المنع لأنه بيع الرطب باليابس لكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج لمصلحة المحتاجين،و مثله القرض فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم لكنه أبيح لما فيه من التوسعة على المحتاجين...قال فإن سموه استحسانا فلا مشاحة في التسمية.[5]

4.عرفه الغزالي الشافعي في المستصفى بأنه:

"ما يستحسنه المجتهد بعقله، وقال عن هذا التعريف: إنه هو الذي يسبق إلى الفهم.[6]

---

[1] المتعة: ما يعطى للمرأة المطلقة غير المدخول بها والتي لم يعين لها مهر.

[2] أصول الفقه لإبي النور زهير 186/4.

[3] كشف الأسرار 3/4 والإحكام 137/4 وأغلب كتب الأصول.

[4] الموافقات 205/4.

[5] إحكام الفصول للباجي 687.

[6] المستصفى 137/1.

5. عرفه الموفق ابن قدامة المقدسي الحنبلي بقوله:

"أن المراد به: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة ".[1]

6.وقد عرفه بعض المتقدمين :

" بأنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد، ويعسر عليه التعبير عنه".

المطلب الثاني : حجية الاستحسان :

أولا : تحرير محل النزاع:

1- في البداية لابد من الإشارة أن الخلاف ليس في جواز استعمال لفظ الاستحسان وإطلاقه، فإن هذا اللفظ وارد ومستعمل كما سبق في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين.

2 - ثم لا خلاف أيضا في أن الاستحسان إذا كان المراد به القول بالهوى والتشهي من غير مستند من دليل شرعي، أنه مردود وباطل باتفاق الأمة- قبل ظهور المخالف- على أنه لا يجوز أن يقول أحد في شرع ا تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير مستند من دليل شرعي يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

3- إذا نظرنا إلى التعريفات السابقة ومثلها أكثر ما عبر به الأصوليون عن معنى الاستحسان وجدنا أنه لا يخرج عن أدلّة الفقهاء المعمول بها لديهم وإن اختلفت عباراتهم، وتكاد تجمع على أنه العدول عن دليل إلى ما هو أقوى منه والرجوع إلى الدليل الأقوى مقبول غير مردود عند الجميع.

يقول سعد الدين التفتازاني:

" اعلم أن الذي استقر عليه رأي المتأخرين هو: أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعا، لأنه:

إما بالأثر : كالسلم، والإجارة، وبقاء الصوم في النسيان.

وإما بالإجماع : كالاستصناع.

و إما بالضرورة : كطهارة الحياض و الآبار.

---

[1] روضة الناظر 85.

وإما بالقياس الخفي وأمثلته كثيرة، ثم قال:" وأنت خبير بأنّه على هذه التفاسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة".[1]

يقول الغزالي بعد إيراده هذا المعنى:

"وهذا مما لا ينكر، وإنما يرجع الإنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة".[2]

ومثله نقل عن القاضي يعقوب في تعليقه على تعريف ابن قدامة للاستحسان قال:

" القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه ا وهو: أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه، وهذا مما لا ينكر وإن اختلفت في تسميته فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى.

ذكر الآمدي رحمه ا تعالى في الإحكام:

"أن النزاع إنما هو إطلاقهم الاستحسان على العدول عن حكم الدليل إلى العادة".[3]

على أن أكثر الأصوليين ومنهم الآمدي يرون أن هذا المعنى لا يصلح محلا للنزاع لأن العادة: إن كان يراد بها ما ثبت في زمانه صلى ا عليه وسلم من غير إنكار من أحد كان الحكم ثابتا بالسنة، وإن كان مما جرى في عهد الصحابة رضي ا عنهم من غير نكير من أحد منهم كان إجماعا منهم على الحكم، كما أن العلماء رجعوا إلى تحكم العرف والعادة المعتبرة شرعا فيما لم يرد به الشرع أو اللغة في الأيمان، المكاييل، أحوال النساء والبلوغ... مما سبق ذكره.

أما فيما يتعلق بالعرف وهل يقدم على القياس إن حدث تعارض بينهما ؟ فهذا محله في مباحث العرف،فإذن لا يصلح هذا المعنى محلا للنزاع في معنى الاستحسان،فليرجع إليه في بحث العرف.

ومثله يقال فيما اعترض به على تعريف المالكية من أن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي،فالمسألة هنا النزاع فيها في حجية المصلحة المرسلة وليس في الاستحسان، إذ أن العدول هنا عنها تقتضيه القواعد القياسية إلى حكم آخر استثناء

---

[1] حاشية السعد على العضد 289/2 . انظر :أثر الأدلة المختلف فيها للبغا 125.

[2] امستصفى 410/1- 414.

[3] الأحكام 138/4.

إذا كان الحكم بالقياس يؤدي إلى حرج غير عادي أو إلى ضرر غالب أعظم من المصلحة المتوخاة في أعمال القياس وهذا وارد في السنة مثل السلم،وبإجماع الأمة كما في الاستصناع إذ كلا المسألتين معدول بهما عن القياس للحرج ، وابتغاء المصلحة العامة .

يؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي رحمه ا تعالى إذ يقول بعد أن يورد تعريفه للاستحسان:

"ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل إلى على القياس فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة من أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس أمرا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك..." قال: فإن قيل :هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا: " نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة".[1]

لأن بناء الأحكام على مقتضى المصلحة المرسلة لا يشترط فيها أن يكون ثمة قياس يعارضها أو تستثنى منه بخلاف الاستحسان.[2]

و يظهر محل النزاع في تعريف الغزالي عندما قال:

" الاستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله، حيث أن هذا المعنى هو الذي يسبق إلى الفهم، والظاهر من كلامه أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله دون أن يكون هناك دليل يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس ولذلك وصفه الشافعي: إنما الاستحسان تلذذ، ويؤكد هذا قوله: " لو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول – من غير أهل العلم- أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان..وقال: " لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما و مفتيا أن يحكم، ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم وذلك من الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم بالاستحسان، إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني".

يقول الشيخ أبو زهرة معقبا على كلام الشافعي:

---

[1] الموافقات 206/4 ، وانظر الإعتصام 141/2.

[2] انظر : أثر الأدلة المختلف فيها للبغا 125 و ما بعدها.

" هذه الجملة لها نظائر في كتاب إبطال الاستحسان، وفي كتاب جماع العلم وفي الرسالة وفي غيرها في ثنايا كتاب الأم ، وهي – ونظائرها - تدل على أن كل اجتهاد لم يعتمد المجتهد على الكتاب، أو السنة أو أثر، أو إجماع أو على قياس على واحد منها يكون استحسانا، لأن المجتهد يكون قد أخذ فيه بما يستحسن لا بما أعطاه الدليل بنصه أو بدلالته".[1]

غير أن هذا المعنى الذي قصده الشافعي ومرده إلى القول في الدين من غير دليل مردود من قبل الأمة اتفاقا كما سبق أن ذكرنا، و لا ينطبق على معاني الاستحسان التي ذكرها القائلون بالاستحسان كما سبق بيانه ، ولا يصلح هذا المعنى محلا للنزاع لأنه لا قائل به.

ومثله القول بما ينقدح في ذهن المجتهد تعسر عبارته عنه، فقد وصفه الغزالي بأنه هوس و وهم وخيال".[2]

غير أن أكثر الأصوليين يرون أن هذا المعنى متردد بين القبول والرد، فإن كان ما ينقدح في ذهنه مستند إلى دليل فلا خلاف في وجوب العمل به، أو كان شاكا مترددا فيما انقدح في ذهنه أهو دليل محقق أو وهم فاسد، فلا خلاف في رده، وبطلان هذا الدليل إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الوهم والشك.[3]

أختم بما قاله الإسنوي بعد أن استعرض أقوال العلماء في الاستحسان وخلافهم حول هذا المسمى لا في معناه:

" وقد تلخص من هذه المسألة: أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه وقال: فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلا للنزاع.[4]

ويقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في ضوابط المصلحة موضحا إنكار الشافعي للاستحسان:

---

[1] الشافعي لمحمد أبو زهرة 286 ، وانظر الأم 270/7 والرسالة 505- 508 .

[2] المستصفى 413/1.

[3] ارشاد الفحول 263/2.

[4] الأسنوي : 141/3 – حاشية البناني 353/2.

" قلت : ذكر السعد في حاشيته على التوضيح بعد أن أوضح أن الاستحسان آيل على اختلاف معانيه إلى الأدلة الشرعية المتفق عليها ما نصه:

" .. ولما اختلفت العبارات في الاستحسان مع أنه قد يطلق لغة على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان مستقبحا عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسنا، حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه".اهـ وأقول: لا ريب أن هذا الكلام سديد في توجيه إنكار القول بالاستحسان، فالإنكار ليس من حيث أنه دليل مستقل لم يأت به الشرع بل من حيث أن هذه الكلمة ترجمة غير لائقة، إذ الاستحسان إما أن يكون نابعا من الرأي المجرد وهو استحسان باطل بالاتفاق، وعليه يحمل قول الشافعي: من استحسن فقد شرع، وإما أن يكون نابعا من الشرع وقد استحسن الشرع ما استحسنه من الأحكام بالأدلة المعروفة والمتفق عليها فلا داعي إلى الاستعاضة من هذه الأدلة بترجمة أخرى...ويقول أيضا: وإذا استعرضت الفروع الفقهية في كتب الحنفية، وجدت أن كثيرا من الأحكام التي يخرجونها باسم الاستحسان قد أخذ بها غيرهم أيضا ممن لا يقولون بالاستحسان كالشافعية، كمعظم أحكام المعفوات القائمة على الضرورات والحرج في باب النجاسات والمعاملات وغيرها، و لا داعي إلى أن نطيل بعرض مزيد من النماذج..." اهـ.[1]

إذا فنسبة القول بالاستحسان إلى بعض الأئمة دون البعض الآخر باطل بل قد ينكره علماء المذهب الواحد.

فقد نسب القول به إلى أبي حنيفة رحمه ا حتى قال فيه محمد:

" أن أصحابه كانوا ينازعونه القياس،فإذا قال:استحسن لم يلحق به أحد،و لقد كان يقيس ما استقام له القياس ولم يقبح،فإذا قبح القياس،استحسن ولاحظ تعامل الناس".اهـ[2]

وقد أكثر الحنفية من الاستدلال بالاستحسان في كتبهم حتى اشتهر أنهم هم وحدهم من يقول به كما تذكر كتب الأصول.

كما تذكر كتب الأصول نسبة القول به لدى الحنابلة.

---

[1] - ضوابط المصلحة للبوطي 214- 215.

[2] - انظر ابو حنيفة للشيخ أبو زهرة 342.

جاء في الإحكام للآمدي:

" وقد اختلاف فيه: فقال به أصحاب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وأنكره الباقون".[1]

ويؤيد هذا القول الموفق بن قدامة الحنبلي حيث قال:

" قال القاضي يعقوب: القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه ا ".[2]

وقد أنكر القرطبي رحمه ا نسبته إلى مالك فقال:

" ليس معروفا من مذهبه".

وقال ابن الحاجب في المختصر:

" قال به الحنفية والحنابلة وأنكره وغيرهم".[3]

في حين يروي عنه ابن القاسم قوله رضي ا عنه:

" تسعة أعشار العلم الاستحسان".[4]

قال الشيخ أبو زهرة في كتابه مالك:

" تضافرت المصادر التي كتبت أن مالكا رضي ا عنه كان يأخذ بالاستحسان ، فالقرافي يذكر: أنه كان يفتي على مقتضى الاستحسان أحيانا ويقول فيه: قال به مالك رحمه ا في عدة مسائل في تضمين الصناع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم، وتضمين الحمالين للطعام والادام دون غيرهم..".اهـ[5]

وتجدر الإشارة إلى أن ما يعنيه المالكية بالاستحسان ليس دائما ما يعنيه الحنفية بدليل الأمثلة التي ذكرها القرافي، وإن كانوا يلتقون معهم في بعض أنواعه.

أما الشافعية فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون به، بل شددوا النكير على من اعتبره حجة في استنباط الأحكام وقد كتب الشافعي -رحمه ا - رسالة في إبطال الاستحسان وقوله المشهور: "من استحسن فقد شرع" ، وقد أوضحنا في تحرير محل النزاع إنكار

---

[1] - الإحكام في أصول الأحكام: 136/4.

[2] - روضة الناظر 85.

[3] مختصر ابن الحاجب 288/2.

[4] الموافقات 210/4 .

[5] مالك رضي ا عنه302.

الشافعي للاستحسان والمراد منه ووجه الخلاف الذي بسطه الدكتور البوطي في ضوابط المصلحة.

ثانيا:أدلة حجية الاستحسان:

تمسكوا بأدلة من الكتاب و السنة و الإجماع:

أ.الكتاب:

قوله تعالى: " الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه" الزمر18.

وجه الاستدلال : ورود الآية في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول.

قال السرخسي: "والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع الأحسن".

وقوله: " واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم" الزمر55.

وجه الاستدلال : أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل، فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان، والأمر للوجوب، ولولا أنه حجة لما كان كذلك.[1]

ب.السنة:

قوله صلى ا عليه وسلم: " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند ا حسن".[2]

قالوا: دلّ على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسنا فهو حق في الواقع إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند ا تعالى، وما هو حق وحسن عند ا تعالى فهو حجة.

ج. الإجماع:

وهو أن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة وعوض عن الماء، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه، وكذلك استحسانهم شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة واستحسن الناس تركه.[3]

---

[1] - المبسوط 145/20.

[2] - سبق تخريجه.

[3] - انظر المستصفى 138/1 ، الإحكام 139/4 وغيرهما في أدلة القائلين بالاستحسان ومناقشتها وقد اعتبر بعضهم أن هذه أمثلة تصلح للاستصلاح.

وقد ذكر الشاطبي أمثلة كثيرة في الشرع للاستحسان في مذهب مالك رحمه ا منها: منع القرض فإنه ربا في الأصل لكنه أبيح لما فيه من الرفقة والتوسعة على المحتاجين ومنها العرايا، و المساقاة ، القراض ، والاطلاع على العورات للتداوي... وإن كان الدليل العام يقتضي المنع لكن البحث بالنظر إلى المآل، وتحقيق المصالح ودرء المفاسد.." ثم قال: هذا النمط من الأدلة الدالة على صحة القول بقاعدة الاستحسان وعليها بنى مالك وأصحابه".اهـ[1]

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في **الاستثناء بسبب الاستحسان**

المطلب الأول :المثال الأول :قاعدة " الأمور بمقاصدها".

1- شرح القاعدة:

سبق شرح القاعدة لكنني أضيف هنا ما يستدعيه مثال الاستثناء إتماما للفائدة.

الأمور : جمع أمر والأمر استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء.[2]وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلّها، ومنه قوله تعالى: " إليه يرجع الأمر كله"، وقوله: " قل إن الأمر كله "، وقوله:"وما أمر فرعون برشيد" هود 97 أي ما هو عليه من قول أو فعل . والمقصود بالأمر هنا عمل الجوارح ومنها اللسان وفعله القول".[3]

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى: أي: أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه إنّما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها: "

---

[1] - الموافقات 207/4.

[2] - معجم لغة الفقهاء 89 لعتيبي وقلعه جي.

[3] - شرح القواعد للزرقا 47.

يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر".

بمقاصدها: المقاصد جمع مقصد بفتح الصاد، من القصد، وهو إتيان الشيء ، تقول قصدته وقصدت له وقصدت إليه بمعنى. والمقصد: بكسر الصاد: الوجهة. وقصد في الأمر قصدا توسط وطلب الأسد، ولم يجاوز الحد".[1]

والقصد والنية والإرادة، والاعتماد، واليم، والاستقامة والوجهة عبارات تتوارد على معنى واحد وهو التوجه إلى الشيء وإرادته، والقصد أقوى من الإرادة، لأن لفظه يوحي بقوة العزم وصدق الإرادة.

معنى هذه القاعدة : القاعدة على وجازتها ذات معنى عام وشامل فلفظ الأمور عام لدخول "الـ" الجنسية عليه ولفظ المقاصد كذلك، لإضافته إلى ضمير لفظ عام.

ومغزى هذه القاعدة :"أن أعمال المكّلف وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية المترتبة عليها باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات".[2]

أصل هذه القاعدة قوله صلى ا عليه وسلم: " إنما الأعمال بالنيات..".[3]

النية عبادة مشروعة تترتب عليها آثارها في الأعمال وتنبني عليها أحكامها وهي أساس العمل وقاعدته ومداره عليها صحة وفسادا، قبولا وردا.

والنية تدخل في جل أبواب الفقه إن لم يكن كلها، وبها تتميز العبادات عن العادات، فالجلوس في المسجد مثلا يكون للاستراحة و للاعتكاف والعبادة والنية تميز ذلك.

وبالنية تتميز العبادات بعضها عن بعض، فالتقرب إلى ا تعالى يكون بالفرض و النفل وشرعت النية لتمييزها.

وقد ذكر ابن نجيم في أشباهه اشتراط النية في العبادات بالإجماع لقوله تعالى: " وما أمروا إلا ليعبدوا ا مخلصين له الدين حنفاء".[4]البينة5

---

[1] - معجم لغة الفقهاء مادة ص.

[2] - المدخل الفقهي للزرقا 965/2.

[3] - سبق تخريجه.

[4] - الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي 14.

وقد جعل العلماء افتقار الفعل إلى النية أقسام ثلاثة: قسم وجبت فيه النية، وقسم لا تجب فيه النية، وثالث اختلف في وجوب النية فيه.

قال صاحب التوضيح:

" و حاصله أن الفعل أقسام:قسم تمحض للعبادة كالصلاة فالإجماع على وجوب النية فيه.الثاني:مقابله كإعطاء الدين ورد الودائع و الغصوب، فالإجماع على أنّه لا تجب فيه النية.الثالث:ما اشتمل على الوجهين كالزكاة والطهارة، لأن الزكاة عقل معناها وهو رفق الفقراء وبقية الأصناف، لكن وكونها إنما تجب في قدر مخصوص وعلى وجه مخصوص لا يعقل معناه، وكذلك الطهارة عقل معناها وهي النظافة لكن كونها في أعضاء مخصوصة على وجه مخصوص لا يعقل معناه ، فاختلف في وجوب النية ...و المذهب افتقارها ويعني بالطهارة المائية دون الترابية فإنها محض تعبد".[1]

2- الاستثناء:تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة:

اتفق الأئمة على أنه لا يجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة لعزل مقدار الواجب أو دفعه لمستحقه، لأن الصدقة متنوعة فيشترط لها نية الفرضية.

لكن إذا وجبت الزكاة على المكلف وتصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة هل يسقط عنه الواجب أو يبقى في ذمته ؟

يعتبر هذا الفرع فردا من مفردات القاعدة لأن الزكاة عبادة يتميز فرضها عن نفلها بالنية وعلى هذا مشى جمهور الفقهاء فقالوا: لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه، وخالف الحنفية فاستثنوا هذا الفرع من القاعدة بالاستحسان.

جاء في المغني: " و لنا قول النبي صلى ا عليه وسلم: (إنّما الأعمال بالنيات) ، وأداؤها عمل ولأنها عبادة فتتنوع إلى فرض و نفل فافتقرت إلى النية كالصلاة.

و لو تصدق الإنسان بجميع ماله تطوعا ولم ينو الزكاة لم تجزئه وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب أبي حنيفة يجزئه استحبابا. ولا يصح لأنه لم ينو بها الفرض، فلم يجزئه ، كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو بها الفرض".[2]

---

[1] - شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور 718.

[2] - المغني : 502/2- 503.

وهو مذهب الشافعية جاء في المجموع: " لو تصدق بجميع ماله، ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة بلا خلاف".. وقال: " دليلنا أنّه لم يتمحض للفرض فلم تصح عنه كالصلاة ".[1]

وهو المشهور من مذهب مالك – رحمه ا - جاء في مختصر خليل: " ووجبت نيتها: يعني أنه يجب عند إخراج الزكاة أن ينويها وهذا هو المشهور.

قال القرافي في الذخيرة: قال سند لو عزل زكاته بعد وزنها للمساكين ودفعها لهم بعد ذلك بغير نية أجزأه اكتفاء بالنية الأولى الفعلية أي إذا عينها لم يحتج إلى نية عند دفعها للمساكين وإن لم يعينها ويعزلها عن ملكه وجبت النية عند التسليم.

وفيها (أي الذخيرة)أيضا:

لو تصدق بجملة ماله فإن نوى زكاة ماله وما زاد تطوع أجزأه وإلا فلا خلافا لأبي حنيفة، وإن لم ينو بشيء منه الزكاة لم يجز وهو قول أصحاب الشافعي".

ومقابله - أي المشهور- عدم اشتراط النية و به قال بعض أصحابنا وقاسه على الديون والودائع . واستدل بأخذ الإمام لها كرها ويجزئه هذا بلا خلاف على عدم اشتراط النية وباشتراطها. قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل رضي ا عنهم بما فيها من شائبة التعبد من جهة مقاديرها في نصبها الواجب فيها وغير ذلك".اهـ[2]

والتحقيق أن الحنفية لا يشترطون النية:

جاء في الهداية:

" من تصدق بجميع ماله، لا ينوي الزكاة، سقط فرضها عنه".[3]

وعمدتهم في إسقاط الواجب عنه: الاستحسان.

قال صاحب العناية: والقياس أن لا تسقط، لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان، فلا بد من التعيين، كما في الصلاة.

---

[1] - المجموع شرح المهذب 151/6.

[2] - مواهب الجليل 2/ 356- 357 وانظر: الفروق :الفرق الحادي والسبعين والمائة قاعدة ما يجزئ فيه فعل غير المكلف عنه وبين قاعدة ما لا يجزي فيه فعل غير المكلف عنه.

[3] - الهداية 493/1.

و وجه الاستحسان: أن الواجب جزء من جميع ماله، وهو ربع العشر فكان متعينا في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى تعيين لأن الفرض أنّه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبأداء الكل تعالى تحقق أداء الجزء الواجب".[1]

و بهذا الاستدلال أخرج الأحناف هذه الجزئية من القاعدة الكلية "الأمور بمقاصدها" استحسانا خلافا للجمهور.

المطلب الثاني : المثال الثاني : نذر التصدق بماله:

النية شرط في العبادات كلها فإنه لا يصح بدونها والمنذور من العبادة كالمفروض قال ابن نجيم في أشباهه: " والمنذور في النية كالمفروض، ولو نذر حجة الإسلام لا يلزمه إلا حجة الإسلام كما لو نذر الأضحية".[2]

واختلف الفقهاء فيمن نذر ماله كله في سبيل ا هل يلزمه التصدق بكل ما يملك أم بجزء منه ؟

فذهب المالكية والحنابلة إلى أن الواجب عليه التصدق بثلث ما يملك من الأموال.

وذهب الشافعية وزفر من الحنفية إلى أنه يلزمه التصدق بكل ماله لأن الأمور بمقاصدها – تماشيا مع القاعدة-.

وذهب أبو حنيفة وصاحبيه إلى أن الواجب عليه التصدق بكل أمواله التي يجب فيها الزكاة استحسانا ، كالنقدين و السوائم وأموال التجارة..الخ.

جاء في فتح القدير:

" الأصل فيما إذا قال: مالي صدقة: في القياس ينصرف إلى كل مال له - وهو قول زفر- وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة.

ووجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب ا ، إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبدا به، لئلا ينزع إلى الشركة، وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى

---

[1] - العناية 5/ 126.

[2] - الأشباه والنظائر لإبن نجيم 16 قاعدة الأمور بمقاصدها.

أموال خاصة، فكذا إيجاب العبد، وما أوجب به الشرع التصدق ذكر بلفظ العموم وعلّق الإيجاب ببعضه قال تعالى: (خذ من أموالهم صدقة) التوبة 103 ولم يعم كل المال".[1]

ومدرك ذلك عند الحنفية - ماعدا زفر - من وجهين:

الأول: دلالة العرف الشرعي، وذلك أن كلمة المال عندما تطلق في مجال الصدقات والزكاة وخلال أبحاثها، إنّما ينصرف إلى أنواع معينة، وهي الأموال النامية المتعلق بها حق الزكاة، ذلك أن ا عز وجل قال: (والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم)المؤمنون، وأراد أموالا مخصوصة مع أنها كلمة عامة شاملة لجميع ما يسمى مالا في اللغة فلينصرف معنى المال في المثال هنا أيضا إلى المعنى المخصوص الذي انصرف إليه في القرآن بجامع أن الموضوع في كلا المحلين هو الصدقة وهي التي أثرت في استعمال هذا الاصطلاح الخاص لكلمة المال.

المدرك الثاني: هو أنه لو استعملت كلمة المال في المثال المذكور بمعناها العام وألزم الرجل بالتصدق بجميع أمواله لوقع في ضرر وحرج عظيمين ولأصبح عالة على الغير، بعد أن كان في غنى عنهم، ومنع الضرر أصل من الأصول التي اعتمدها الشارع في أحكامه، فكان في هذا قرينة أخرى صارفة لكلمة المال بمعناها العام إلى اصطلاحها الشرعي في باب الصدقات.[2]

وأما المالكية وأحمد فحجتهما ما رواه مالك في الموطأ:

" من أن أبا لبابة بن عبد المنذر رضي ا عنه حين تاب ا عليه قال: يا رسول ا ، أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك، وأنخلع من مالي صدقة إلى ا وإلى رسوله فقال رسول ا صلى ا عليه وسلم: "يجزيك من ذلك الثلث".[3]

قال ابن رشد:

" وهو نص في مذهب مالك ،وأما الأصل فيوجب أن اللازم له إنما هو جميع ماله حملا على سائر النذور، أعني أنه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسألة من هذه القاعدة إذ قد استثناها النّص".

---

[1] - أنظر الهداية وشروحها 334/2 وابن عائدين 742/3 .

[2] - ضوابط المصلحة 213- 214 ، راجع المبسوط ج 12 ص 93 ، باب الصدقات.

[3] - الموطأ 321 حديث رقم 1033 جامع الأيمان.

لكن ابن رشد يلفت النظر إلى أن مالكا رحمه ا ورضي عنه لم يلزم في هذه المسألة أصله ذاك حيث قال:

" إن حلف أو نذر شيئا معينا لزمه وإن كان كل ماله، وكذلك يلزم عنده إن عين جزءا من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه، قال: ولعل مالكا لم يصح عنده هذه الآثار".[1]

فمالك على هذا الرأي يوافق الشافعية وأحمد وزفر وحجة هذا المذهب أيضا ما روي عن كعب بن مالك رضي ا عنه قال:

قلت يا رسول ا إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى ا وإلى رسوله، فقال رسول: "أمسك عليك بعض مالك" رواه البخاري.

وفي رواية أبي داود :

" يجزئ عنك الثلث".[2]

وفي المغنى:

" قال الخرقي: من نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه".[3]

قال: ولنا قول النبي صلى ا عليه وسلم لأبي لبابة " يجزئك الثلث" وهذا دليل على أنه أتى بلفظ يقتضي الإيجاب لأنها إنما تستعمل غالبا في الواجبات ولو كان مخيرا بإرادة الصدقة لما لزمه شيء يجزئ عنه بعضه.

أن منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربه لأن النبي صلى ا عليه وسلم لا يمنع أصحابه من القرب ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به، ولما فيه من الضرر اللاحق به لقوله صلى ا عليه وسلم في رواية: " فهو خير لك".

وأما الشافعي وزفر رحمهما ا تعالى فقد تمسكا بعموم قوله صلى ا عليه وسلم فيما ترويه عائشة رضي ا عنها:

" من نذر أن يطيع ا عز وجل فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصيه".[4]

---

[1] - بداية المجتهد 428/1.

[2]- البخاري في صحيحه : كتاب الأيمان و النذور،باب إذا أهدى ماله على وجه النذر و التوبة،رقم 6690.و أبو داود في سننه:كتاب الأيمان و النذور،باب من نذر أن يتصدق بماله،رقم3319.

[3] - المغنى 341/11.

[4] - أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب الأيمان و النذور،باب النذر في الطاعة،رقم6696.و ابن ماجه رقم2126.

وهذا نذر طاعة، فيلزمه الوفاء به على الوجه الذي قصده كسائر النذور ولفظ المال في قوله مالي عام، يتناول كل مال، فيلزمه التصدق بكل مال يملكه.[1]

المطلب الثالث : المثال الثالث:قاعدة "الحدود تدرأ بالشبهات".

1-شرح القاعدة:

القاعدة نص حديث أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي ا عنها:

" ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلّوا سبيلهم، فإن الإمام لإن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".[2]

وأخرج الطبراني عن ابن مسعود رضي ا تعالى عنه موقوفا: " ادرؤوا الحدود والقتل عن عباد ا ما وجدتم لها مدفعا".[3]

قال الشوكاني: "الصواب أن الحديث موقوف وأصح ما فيه عند عبد ا بن مسعود موقوفا: "ادرؤوا الحدود بالشبهات ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم".

وفي فيض القدير للمناوي: عن عبد ا بن مسعود موقوفا بلفظ: " ادرؤوا الحدود بالشبهة" بلفظ الأفراد. وقال ابن حجر: وهو موقوف حسن الإسناد".اهـ[4]

و القاعدة جليلة في باب القضاء ،مشهورة في باب الحدود يتجلى فيها الاحتياط والتدقيق في تنفيذ الحدود والقضاء بها، والقاعدة وإن كان نصها موقوف كما حكم بذلك معظم المحدثين إلا أن لها شواهد كثيرة تؤيدها وتعززها من السنة المطهرة جرت وقائعها على عهده صلى ا عليه وسلم تبين اعتبار هذه القاعدة.

قال العلامة ابن الهمام في فتح القدير: " وفي تتبع المروي عن النبي صلى ا عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسألة، فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز : "

---

[1] - الأم 228/2.

[2] - الترمذي حديث رقم 1424 باب ما جاء في درء الحدود.

[3] - رواه ابن ماجة رقم 2545 ، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات.

[4] - انظر نيل الأوطار 124- 125.

لعلّك قبلت، لعلّك لمست، لعلّك غمزت..."[1] كل ذلك يلقنه أن يقول " نعم" بعد إقراره بالزنا، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك، وإلا لا فائدة... ولم يقل لمن اعترف عنده بدين: لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه، والحاصل من كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك، فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع".[2]

و قد أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات.

والحد: يجمع على حدود وهو الحاجز بين الشيئين، وحد الشيء منتهاه، كما يطلق الحد على المنع، ومنه يقال للبواب أو للسجان حداد.[3]

و الحد اصطلاحا: الحدود في الشريعة الإسلامية: " عقوبات مقدرة تثبت حقّا تعالى".[4]

وهذا عند أكثر الفقهاء، إذ يخرجون القصاص من تعريف الحدود، لأنه ثبت حقّا لولي الدم، وبعض الفقهاء يدرج القصاص في الحدود ويعرفها بأنّها : " عقوبات مقدرة من الشارع" والتعريف الأول أدق.

و الشبهة: " ما يشبه الثابت وليس بثابت".

و معنى درء الحدود بالشبهات ، أنه متى وجد مخرجا لإسقاط العقوبة عن المتهم بالجريمة فلنسقطها عنه ، و ذلك كأن يقر شخص على نفسه بجريمة ثم يرجع عن إقراره فيحتمل أن يكون صادقا في رجوعه عن إقراره فيسقط عنه الحد بهذه الشبهة أو يرجع بعضهم بحيث ينقص بهم نصاب البينة فإن رجوعهم يعتبر شبهة.و هكذا كلما خفت وقائع الجريمة بقرائن تشكك في ثبوتها، فإنه يسقط الحد عن المتهم و يعدل به الحاكم إلى تعزيره عن الكذب لمن شهد عن الجريمة ثم تراجع أو بحد آخر أخف منه

---

[1] - أخرجه البخاري بلفظ آخر عن ابن عباس رضي ا عنهما قال: لما أتى ما عز بن مالك النبي صلى ا عليه وسلم قال له: " لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت.."صحيح البخاري كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت رقم 6824.

[2] - فتح القدير 4/ 139- 140.

[3] - مختار الصحاح والمصباح المنير مادة "حدد".

[4] - المدخل الفقهي، أحمد حجي الكردي 197- 198 : مقرر كلية الشريعة جامعة دمشق.

كحد القذف في حق من شهد على آخر بالزنا إذا تراجع البعض و لم يبلغ نصاب الشهادة في هذه الجريمة بالنسبة للباقي.
لكن استثنى الأحناف بعض الفروع في باب الحدود لم يعملوا فيها بالقاعدة فلم يدرؤوا الحد بتلك الشبه نذكر بعضا منها فيما يلي.

2-الاستثنـاء : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل.

تعريف الزنا الموجب للحد: الزنا الموجب للحد في اصطلاح الفقهاء: "وطء الرجل المرأة المشتهاة في القبل في غير الملك وشبهته"، هذا عند الحنفية وزاد الأئمة الثلاثة :"ودبر ذكر وأنثى كقبل" لتدخل اللواطة لأنها موجبة للحد عند الجمهور.[1]
وقد شدد واحتاط الشرع في إثبات الزنا الموجب للحد ما لم نلحظه في غيره من الحدود فلا يثبت الحد في الزنا إلا بأحد طريقين: 1.الإقرار. 2.الشهادة.

ولا تقبل في الشهادة أقل من أربعة شهود لقوله تعالى: " ثم لم يأتوا بأربعة شهداء" النور4 ذكور عدول، يزكون ظاهرا وباطنا لدى القاضي، يشهدون على الزنا الصريح كالميل في المكحلة كما عبر عن ذلك الفقهاء فإن أبى أحد الشهود الإدلاء بشهادته لم يثبت الزنا واعتبر الثلاثة قذفة وأقيم عليهم حد القذف، ولا يستثنى غير الزوج فإنه لا يعد قاذفا إذا اتهم زوجته بالزنا ولكن يحكم عليه باللعان بينهما، وأحكامه مفصلة في كتب الفروع لا مجال لتفصيلها، وإن وجدت أي شبهة أو لم يتوفر شرط يدرأ الحد.
اتفق الأئمة على أنه إذا اختلف شهود الزنا: فشهد اثنان أنه زنا بها في بلد كذا أو بيت كذا وشهد الآخران ببلد مخالف أو بيت آخر فالاتفاق على أن هذه البينة لا تقبل ولا يقام على المتهمين الحد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت وشهد الآخران أنّه زنى بها في زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعدان، فالجمهور على أنها شبهة تدرأ الحد .و هذه المسألة عندهم بهذا التخريج فرد من القاعدة.
واستثنى الإمام أبو حنيفة وأصحابه هذه المسألة فقالوا بوجوب الحد عليهما.فأخرجوا هذه المسألة من القاعدة بالاستحسان كما سنفصله لاحقا.

[1] - فتح القدير 150/4 والمدخل الفقهي لأحمد حجي الكردي 198.

قال ابن رشد: " وجمهورهم على أن شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا في زمان ولا مكان إلا ما حكي عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة".[1]

وحجتهم في ذلك الاستحسان وإليك تفصيل المسألة:

- **مذهب الحنفية:**

أما الأحناف: فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد و لم يعملوا القاعدة في هذه المسألة وحجتهم في ذلك الاستحسان.

قال في الهداية:

"وإن شهد إنسان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنّه زنى بها بالبصرة، درئ الحد عنهما جميعا، وأن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة.

قال: ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية. قال: وهذا استحسان، والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة".[2]

وذكر ابن الهمام أن وجه الاستحسان:

" أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت صغير –والكلام فيه- والفعل وسطه. فكل من كان من جهة يظن أنه إليه أقرب، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل واحد وذلك يفرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية ثم صارا إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل وذلك ممكن لصغر المكان".[3]

بل صرح الكساني اشتراط البيت أن يكون صغيرا فإن كان كبيرا لا تقبل وهو بمثابة البيتين كما جاء في البدائع قال:

" ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان أنّه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه بجواز أن ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهاؤه في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرا بهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيرا لا تقبل لأنه يكون بمنزلة البيتين.[4]

---

[1] - بداية المجتهد 439/2.

[2] - الهداية 167/4.

[3] -المرجع السابق.

[4] - بدائع الصنائع 97/7.

- **مذهب الجمهور:**

قالوا بأن هذا الفرع فرد من أفراد القاعدة يعمل فيها بدرأ الحد بالشبهة كما صرح به الغزالي رحمه ا .

جاء في الشرح الكبير:

" و يثبت (أي الزنا) بالبينة العادلة:أربعة رجال يرونه كالمرود في المكحلة برؤيا وزمن اتحدا ".[1] ويقصد بالرؤيا هنا رؤيتهما في مكان الفعل.

وقال النووي في المنهاج:

" ولوعين شاهد زاوية لزناه، والباقون غيرها لم يثبت".[2]

واشترط الحنابلة أن يكون البيت واسعا والزاويتان متباعدتين فإن كان البيت صغيرا والزاويتان متقاربتان ثبت وأقيم عليهما الحد.

جاء في المغني:

" وإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية من البيت وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية منه أخرى، وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين، وإن كانت متقاربتين كملت شهادتهم، وحد المشهود عليه. قال: و لنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في إحداهما وتمامه في الأخرى، أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا".اهـ[3]

وحجة الذين تمسكوا بدرئ الحد للشبهة أنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فاشية ما لو قال بعضهم زنى بالغداة وبعضهم زنى بالعشي.

قال ابن رشد في بداية المجتهد:

" و سبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فإنهم أجمعوا على أنها لا تلفق ، والمكان أشبه بالزمان ، والظاهر من الشرع إلى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود".[4]

---

[1] - الشرح الكبير 319/4.

[2] - المنهاج: 151/4.

[3] المغني لإبن قدامة 74/9.

[4] بداية المجتهد 439/2.

وقال الغزالي في معرض الرد على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة:

" وهذا هوس لأنا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه، كما لو شهد ثلاثة وكما لو شهدوا في دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا، إجماع الأربعة على شهادة واحدة فدرأ الحد بالشبهة أحسن".[1]

المطلب الرابع : المثال الرابع: قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته".

1ـ شرح القاعدة:

هذه القاعدة نابعة من الأصل المعتبر عند الأصوليين المعروف باستصحاب الحال أو " الاستصحاب " وهي تندرج تحت القاعدة الشهيرة : " اليقين لا يزول بالشك " وقد ترددت على أقلام الفقهاء وألسنتهم في مواطن التعليل والترجيح كما أنها حكما عند الاختلاف في أحكام الحوادث المختلف في تاريخ حدوثها، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب على الحال حتى يثبت الأبعد لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك. فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك فيضان به إلى الأقرب عملا بقاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

وقد وردت بصيغ عديدة متقاربة منها:

"الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات".

و قد أوردها بعضهم بصيغة الجمع فقال:

" الحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات".

ويعبر عنها أيضا بأن: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن".([2])

والحادث: مصدر حادثة وجمعه حوادث والحادث هو: " الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد، والحادث نقيض القديم".([3])

---

[1] المستصفى 414/1.

1- انظر قواعد الندوي 391- 392 والقواعد الكبرى للسدلان 146- 147.

2- انظر : مختار الصحاح مادة حدث.

تطبيقات القاعدة:

منهـا:

1. لو رأى في ثوبه نجاسة وقد صلّى فيه، ولا يدري متى أصابته، يعيدها من آخر حدث أحدثه وإن كان منيا ولم يذكر احتلاما، تجب إعادة صلاته من آخر نومة نامها.
2. ومنها لو ضرب بطن حامل فانفصل الولد حيا وبقي زمانا غير متألم، ثم مات، فلا ضمان على الضارب، لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر، بخلاف ما لو مات عند ضربه أو بقي متألما حتى مات، تجب دية كاملة لتحقق حياته.
3. لو تبين في المبيع عيب بعد القبض وادعى البائع حدوثه عند المشتري وادعى المشتري حدوثه عند البائع، فالقول لمدعي الوقوع في الزمن الأقرب ويعتبر العيب هنا حادثا عند المشتري، فليس للمشتري حق في فسخ البيع حتى يثبت أن البيع قديم عند البائع إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله بل هو من أصل الخلقة".([1])

ملاحظـة:

1- إن اعتبار هذه القاعدة مقيد بأن لا يؤدي إلى نقص ما هو ثابت مقرر، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت والظاهر لا يصلح حجة لا بطال ما كان ثابتا.

3- إذا تعارضت قاعدة " إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته" مع قاعدة: " الأصل براءة الذمة " أو " الأصل بقاء ما كان على ما كان" تترك ويعمل بهاتين القاعدتين دونها لأنهما أقوى.([2])

2 ـ الاستثناء: حكم نجاسة البئر إذا وجدت فيها فأرة ميتة.

قال العلامة ابن نجيم في أشباهه :

---

[1] - انظر المراجع السابقة في القواعد.

[2] - قواعد الزرقا 126 نقلا عن رد المحتار عن قاضيخان.

" في مسألة البئر إذا وجدت فيها فأرة ميتة فقد عمل الشيخان بهذه القاعدة فحكم بنجاسة البئر إذا وجدت فيها فأرة ميتة من وقت العلم بها ومن غير إعادة شيء ، لأن وقوعها حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته وخالف الإمام الأعظم رحمه ا فاستحسن إعادة الصلاة ثلاثة أيام إن كانت منتفخة أو متفسخة، و إلا فمذ يوم وليلة عملا بالسبب الظاهر دون الموهوم احتياطا".([1])

اتفق الفقهاء على أنه من توضأ بماء نجس لم يلزمه أن يعيد من صلاته إلا التي تيقن أنه صلاّها بوضوء من ذلك الماء ، لأنه تيقن الطهارة فيما مضى وشك في نجاسته فلا يحكم بنجاسته بالشك وإنما يعمل بالقاعدة والحال هذه : " أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته" ولا يعيد إلا الصلاة التي تيقن أنه صلاها بوضوء من ذلك الماء النجس.

وهو ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ومحمد وأبو يوسف من الحنفية وخالف الإمام أبو حنيفة فاستحسن إعادة صلاة ثلاثة أيام إن كانت منتفخة أو متفسخة وإلا فمذ يوم وليلة عملا بالسبب الظاهر.

جاء في المدونة:

" إن مات بري ذو نفس سائلة بماء لا مادة له كالجب لا يشرب منها ولا يتوضأ منها وينزح الماء كلّه بخلاف ماله مادة. ابن عرفة: وتطهير ذي المادة بنزح ما يطيبها. يقدر الدابة ومكثها وفي العتبية قال مالك في ثياب أصابها ماء بئر وقعت فيها فأرة فماتت وتسلخت يغسل الثوب وتعاد الصلاة في الوقت".[2]

وقد روي عن ابن الماجشون:

" أنه مشكوك في طهارته وذلك يقتضي إعادة المتوضئ منه الصلاة أبدا ".[3]

وعند الشافعية :

" لو توضأ من بئر ثم أخرج منها دجاجة ميتة منتفخة لم يلزمه أن يعيد من صلاته إلا التي تيقن أنه صلاّها بماء نجس".[1]

1- الأشباه والنظائر 71 وشرحه غمز عيون البصائر 94/1- 95.

[2] التاج والإكليل لمختصر خليل 5/1.

[3] المنتقى 58/1.

وهو مذهب الحنابلة.

جاء في المغني:

" وإن توضأ من الماء القليل وصلى ثم وجد فيه نجاسة أو توضأ من ماء كثير ثم وجده متغيرا بنجاسة وشك هل كان قبل وضوئه أو بعده فالأصل صحة طهارته وإن علم أذلك كان قبل وضوئه بأمارة أعاد وإن علم أن النجاسة قبل وضوئه ولم يعلم أكان دون القلتين أو كان قلتين فنقص بالاستعمال أعاد لأن الأصل نقص الماء".[2]

والأصل عند الشافعية والحنابلة أن الماء يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر و حد الكثرة عندهما قلتين لقوله صلى ا عليه وسلم : " إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث".[3]

وفسروا القلتين: من قلال هاجر.[4]

أما الأحناف فقد قال أبو يوسف ومحمد بقول الجمهور وتماشيا مع القاعدة.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى استحسان إعادة صلاة ثلاثة أيام استثناء من القاعدة.

و لو توضأ من بئر وصلى أياما ثم وجد فيها فأرة ميتة، فإن علم وقت وقوعها أعاد الصلاة من ذلك الوقت لأنه تبين أنه توضأ بماء نجس، وإن لم يعلم فالقياس أن لا يعيد شيئا من الصلوات ما لم يستيقن بوقت وقوعها، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، و في الاستحسان إن كانت منتفخة أو متفسخة أعاد صلاة ثلاثة أيام ولياليها.

جاء في البدائع:

---

[1] المجموع 156/1.

[2] المغنى 67/1.

[3] -الحديث أخرجه أبو داود في سننه: باب ما ينجس الماء رقم63 ، والترمذي في جامعه:باب إن الماء لا ينجسه شيء رقم67 ، والنسائي : باب التوقيت في الماء رقم329، وابن ماجة : باب مقدار الماء الذي لا يتنجس رقم517، و الحاكم في المستدرك : 132/1.

[4] - هجر : قرية من المدينة وليست هجر اليمن وكانت تعمل بها قلال تأخذ الواحدة منها مزادة من الماء. سميت قلة لأنها تقلّ أي ترفع وتحمل: النهاية لابن الأثير مادة قال: انظر مادة هجر.

القلّة: هي الجرة : ولم يثبت في شيء من الحديث بيان نوع الجرة وصفتها إلا أن الشافعية فسروها بقلّة من قلال هجر واستنبطوا ذلك من شهرتها لكثرة ذكرها في أشعار العرب وجعلوا المراد منها الأكبر حجما بدليل أن الشارع جعل الحد مقدارا بعدد فدل على أنه أشار إلى أكبرها لأنه لا فائدة من التقدير بقلتين مع وجود واحدة كبيرة وتقدر القلتان بمائتين وأربعة كيلو غراما " إعلام الأنام شرح بلوغ المرام للدكتور نور الدين عتر 53/1- 54.

" وجه القياس في المسألة: أنه تيقن طهارة الماء فيما مضى وشك في نجاسته لأنه يحتمل أنها وقعت في الماء وهي حية فماتت فيه، ويحتمل أنّها وقعت ميتة بأن ماتت في مكان آخر ثم ألقاها بعض الطيور في البئر على ما حكي عن أبي يوسف أنه قال: كان قولي مثل قول أبي حنيفة إلى أن كنت يوما جالسا في بستاني، فرأيت حدأة في منقارها جيفة فطرحتها في بئر، فرجعت عن قول أبي حنيفة، فوقع الشك في نجاسة الماء فيما مضى فلا يحكم بنجاسته بالشك وصار كما إذا رأى في ثوبه نجاسة ولا يعلم وقت إصابتها لأنه لا يعيد شيئا من الصلوات، كذا هذا.

وجه الاستحسان أن وقوع الفأرة في البئر سبب لموتها ، والموت متى ظهر عقيب سبب صالح يحال به عليه كموت المجروح فإنه يحال به على الجرح وإن كان يتوهم موته بسبب آخر، وإذا حيل بالموت إلى الوقوع في الماء فأدنى ما يتفسخ به الميت ثلاثة أيام ولهذا يصلى على قبر ميت لم يصل عليه إلى ثلاثة أيام ، و توهم الوقوع بعد الموت إحالة بالموت إلى سبب لم يظهر وتعطيل للسبب الظاهر وهذا لا يجوز فبطل اعتبار الوهم والتحق الموت في الماء بالمتحقق إلا إذا قام دليل المعاينة بالوقوع في الماء ميتا فحينئذ يعرف بالمشاهدة أن الموت غير حاصل بهذا السبب ولا كلام فيه.

وأما إذا لم تكن منتفخة فلأنا إذا أحلنا بالموت إلى الوقوع في الماء ولاشك أن زمان الموت سابق على زمان الوجود خصوصا في الآبار المظلمة العميقة التي لا يعاين ما فيها، ولذا يعلم يقينا أن الواقع لا يخرج بأول دلو فقدر ذلك بيوم وليلة احتياطا لأنّه أدنى المعايير المعتبرة ".[1]

و الحاصل أن قاعدة "إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته" هي على عمومها عند جمهور الفقهاء و استثنى منها الإمام أبو حنيفة هذه المسألة استحسانا.

المطلب الخامس : المثال الخامس : قاعدة"لا ينسب إلى ساكت قول،و لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".[2]

---

[1] - بدائع الصنائع 175/1- 176.

[2] - المادة 67 من المجلة.

1ـ شرح القاعدة :هذه القاعدة هي مجموع قاعدتين، الثانية منهما قيد واستثناء من الأولى.

1. لا ينسب إلى ساكت قول: لأن السكوت أمر أصلي والكلام هو الأمر الطارئ والشارع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد فمادامت الإرادة أمر خفي استعيض عنها بالكلام الدال عليها ،كما استعيض عنها -عند تعذّر الكلام- بالكتاب والإشارة، أما السكوت فليس عوضا عن الإرادة ولا دليلا عليها، فلا يعطى حكم الكلام، ولا يترك الأمر الأصلي المتيقن - الذي هو السكوت هنا- ولا يحكم بتغيره إلا بدليل.
2. لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان: تعتبر هذه القاعدة قيد واستثناء من الأولى : وهي قاعدة ذكرها الأصوليون وجعلوا السكوت في بعض الحالات في حكم النطق ، وذلك في موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان ويسمونه بيان الضرورة، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام:

أ.إما لدلالة الحال في المتكلم تدل على أن سكوته لو لم يكن بيانا ما كان ينبغي أن يسكت عنه.

كسكوت صاحب الشرع – عند أمر يعاينه- عن التغيير فيكون سكوته إذنا به.

ب.إما لأجل حال في الشخص اعتبر سكوته كلاما لأجل حاله.

كسكوت البكر البالغة في إجازة النكاح لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان الرغبة في الرجال.

وكسكوت الناكل عن اليمين، فإنه يجعل بيانا لثبوت الحق عليه وهو أنه امتنع عن أداء ما لزمه– وهي اليمين- مع القدرة عليها فيدل ذلك الامتناع على الإقرار بالمدعى.

ج.أو لضرورة دفع الضرر.

كسكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع جعل إسقاطا للشفعة لدفع الضررعن المشتري إذ لو لم يجعل إسقاطا لنقض عليه تصرفه ..و هكذا.

ثم إن الفقرة الأولى هي الأصل لما ذكرنا أن المعاملات مربوطة بالعقود والألفاظ الصريحة فليس لجزئياتها عدد يدخل تحت الحصر، بخلاف الفقرة الثانية فإنها

محصورة بمسائل معدودة بالاستقراء.[1] و قد عدد ابن نجيم في أشباهه منها سبع وثلاثون مسألة.[2]

2- الاستثنـاء : سقوط حق الزوج إذا شرطا في عقد النكاح تأجيل كل المهر.

استثنى المالكية وأبو يوسف من الحنفية هذه المسألة من القاعدة بالاستحسان.

قال الزرقا في " الاستثناء " من قاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان" :

" أن الزوجين لو شرطا في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترطا الدخول قبل حلول الأجل فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج إلى أن تقبض المهر استحسانا وبه يفتى. وعللوه هنا بأن الزوج لما طلب تأجيل كلّ المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع بدون قول منه".[3]

وتفصيل المسألة:

<u>المهر أو الصداق</u>: ما وجب بنكاح أو وطء،سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر.وله ثمانية أسماء مجموعة في قول الشاعر:

صداق و مهر نحلة و فريضة   حباء و أجر ثم عقر علائق

قال الماوردي : " هو العوض المستحق في عقد النّكاح ".

وفي السنة: لا ينعقد النكاح إلا بصداق لحديث سعد بن سهل الساعدي قال:"جاءت امرأة إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم: فقالت : إنّي وهبت من نفسي فقامت طويلا ، فقال رجل : زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال عليه الصلاة والسلام:هل عندك من شيء تصدقها ؟ قال : ما عندي إلا إزاري ، فقال : إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك ، فالتمس شيئا . فقال : ما أجد شيئا. فقال: التمس خاتما من حديد. فلم يجد. فقال: أمعك

---

[1] - انظر شرح المجلة للآتاسي 171/1- 172 ، المدخل الفقهي لأحمد حجي الكردي 57 ، شرح القواعد للزرقا 337- .341

[2] - الأشباه والنظائر 178- .181

[3] - شرح القواعد للزرقا .341

من القرآن شيء ؟ قال: نعم ، سورة كذا وسورة كذا لسور سماها ، فقال : قد زوجتكها على ما معك من القرآن". رواه مالك والبخاري واللفظ له.[1]

وفي الحديث دليل على أنه يستحب أن لا ينعقد النكاح إلا بصداق ، لأنه أقطع للنزاع وأنفع للمرأة من حيث أنه لو حصل طلاق قبل الدخول وجب نصف المسمى.[2]

ويجب في النكاح الصحيح بالعقد لأنه إحداث الملك والمهر يجب بمقابلة العوض ولأنه عقد معاوضة وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضا في العقد أو لم يكن.

ولأن المعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين في وقت واحد ، وقد ثبت الملك في أحد العوضين وهو البضع عقيب العقد فيثبت في العوض الآخر تحقيقا للمعاوضة المطلقة إلا أنه يجب بنفس العقد وجوبا موسعا وإنما يتضيق بالمطالبة كالثمن في البيع ، و إذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولا لأن حق الزوج في المرأة متعين ، وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد ، إنما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم.[3]

والمهر إما أن يكون معجلا أو مؤجلا، أو بعضه معجلا وبعضه مؤجلا، ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول، أما التأجيل فإن قوما لم يجيزوه أصلا وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول ، (وهو مذهب مالك أيضا) ، والذين أجازوا التأجيل ، منهم من لم يجزه إلا لأجل محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ، ومنهم من أجازه لموت أو فراق وكذا إذا ذكر مؤجلا بإطلاق فإنه يحل بالموت أو الفراق عرفا وهو مذهب الأوزاعي ، والشافعي وأحمد وسبب اختلافهم ، هل يشبه النكاح البيع في التأجيل ، أو لا يشبهه ؟ فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك، ومن منع التأجيل فكونه عبادة.[4]

---

[1] - صحيح البخاري باب التزويج على القرآن وبغير صداق من كتاب النكاح رقم 5149.الموطأ:كتاب النكاح باب ما جاء في الصداق و الحباء رقم 1107.

[2] - انظر المجموع 182/21.

[3] - بدائع الصنائع 283/3 .

[4] - بداية المجتهد 22/2.

فعند المالكية إذا كان الصداق شيئا معينا، عقارا معينا، أو حيوانا، وكان موجودا في بلد العقد، فيجب تسليمه للزوجة أو وليها يوم العقد، ولا يجوز أن يشترط في العقد تأخير تسليمه إلى أجل بعيد ، و يفسد النكاح إذا اشترط ذلك لما فيه من الغرر والمخاطرة ، لأنّه لما كان معينا، كان ما يصيبه من عيب أو ضياع يقع على الزوجة، لأنه في ضمانها من يوم العقد فإذا اشترط تأجيله، فقد لا يسلم لها في نهاية الأجل. و يجوز اشتراط تأجيله لأيام قليلة كأربعة أيام، أو خمسة لأن الغالب في ذلك السلامة، فإن رضيت بتأجيله من غير شرط، ولو لأمد بعيد جاز فإن كان الصداق المعين غائبا عن بلد العقد، جاز اشتراط تأجيله إلى أجل قريب، بحيث لا يتغير فيه غالبا، وإلا فسد النكاح، فإن لم يكن معينا بل موصوفا في الذمة مثل النقود والمكيلات و الموزونات التي يراد نوعها دون عينها، جاز تعجيله وتأجيله أو تأجيل بعضه، بشرط وبغير شرط، إلا أنه يكره الدخول بالمرأة قبل أن تقبض شيئا من صداقها.[1]

وفي المغني:

" يجوز أن يكون الصداق مؤجلا ومعجلا، وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لأنه عقد في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن، ومتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وإن شرطه مؤجلا إلى وقت فهو إلى أجله وإن شرطه مؤجلا ولم يذكر أجله فقال القاضي يصح وحكمه الفرقة عند أصحابنا ، قال أحمد :

إذا زوج على العاجل والآجل لا يحل إلا بموت أو فرقة وقال أبو حنيفة والثوري....: يبطل الأجل و يكون حالا وعند الشافعي: فساد المسمى ولها مهر المثل، لأنه عوض مجهول المحل ففسد كثمن المبيع.

قال: ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي صلى ا عليه وسلم ودخل عليها ولم يعطها شيئا.

وروت عائشة قالت: " أمرني رسول ا صلى ا عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطها شيئا".[2]

---

[1] - انظر حاشية الدسوقي 297/2.

[2] - رواه أبو داود في سننه:باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن يعطها شيئا رقم2128 ،قال أبو داود:و خيثمة لم يسمع من عائشة.

ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب ولعادة الناس.[1]

فإذا اشترطا تأجيل الصداق عند من يقول به فهل للمرأة أن تمنع نفسها من زوجها حتى تقبض الصداق ؟

ذهب الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة ومحمد أنه ليس لها ذلك قياسا على سقوط حق البائع في تسليم المبيع إذا شرط تأجيل الثمن وخالف المالكية وأبو يوسف فقالوا لها ذلك.

وذهب الإمام مالك والزهري إلى أنه لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا. قال الزهري: مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا، لما روي أن علياّ لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه رسول ا صلى ا عليه وسلم حتى يعطيها شيئا ، فقال يا رسول ا ليس لي شيء فقال له النبي صلى ا عليه وسلم : " أعطها درعك " فأعطاها درعه ثم دخل بها ، و رواه ابن عباس أيضا قال : لما تزوج علي فاطمة قال له رسول ا صلى ا عليه وسلم : " أعطها شيئا". قال ما عندي. قال: " أين درعك الخطيمة ؟"[2]

وفي المدونة:

" للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها مؤجلا ما حل قبل البناء كحال. قال ابن القاسم: إن بني بها قبل دفعه شيئا من مهرها بإذنها فليتماد معها وليس لها أن تمنعه نفسها، والظاهر هنا أنها أسقطت حقها في مهرها بإذنها البناء بها قبل أن تستلمه. قال ابن المواز: لها منع نفسها كأول بنائه ".[3]

وعند الشافعية:

لها الامتناع عن تسليم نفسها إن كان الصداق حالاّ دون المؤجل.

---

[1] - المغني 26/8.

[2] -رواه أبو داود في سننه:باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقذها شيئا رقم2126. والنسائي في سننه:كتاب النكاح،باب نحلة الخلوة رقم3377.

[3] - التاج والإكليل لمختصر خليل 60.

جاء في المجموع:

" إن كان الصداق حالا، فلها الامتناع عن تسليم نفسها حتى تقبض صداقها كبائع السلعة له أن يمتنع عن تسليمها إلى المشتري حتى يقبض ثمنها، أما إذا سلّمت نفسها قبل القبض، ثم أرادت بعدها الامتناع عليه لقبض الصداق فليس لها ذلك.

أما إذا كان الصداق مؤجلا، فليس لها الامتناع كما في الروضة فإن حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع على الأصح ، وبه قطع أكثر الأصحاب، وقال القاضي أبو الطيب واختاره الروياني : لها أن تمتنع لأنها تستحق الآن المطالبة به. والسبب أنها رضيت بتأخير حقها وتعجيل حق الزوج كالبيع بالثمن المؤجل فيسلم البائع السلعة قبل قبض الثمن.[1]

و عند الأحناف :

فللمرأة أن تمنع الزوج عن الدخول بها حتى يعطيها جميع المهر إذا كان معجلا أو مسكوتا عنه لأن له حكم المعجل، وإن كان مؤجلا لوقت معلوم فليس لها أن تمنع نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لها أن تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة معلومة أو مجهولة وهو كقول المالكية.

جاء في البدائع:

" إذا كان المهر معجلا بأن تزوجها على صداق عاجل أو كان مسكوتا عن التعجيل والتأجيل، لأن حكم المسكوت حكم المعجل لأن هذا عقلا معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين والمرأة عينت حق الزوج فيجب أن يعين الزوج حقها، وإنّما يتعين بالتسليم، إذا ثبت هذا فللمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها إلى زوجها.

وإن ذكروا وقتا معلوما للمهر فليس لها أن تمنع نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لها أن تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة.

وجه قول أبي يوسف: أن من حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال، ألا ترى أنه لو كان معينا أو غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضا بتأخير حقه في القبض بخلاف البائع إذا أجل الثمن أنه ليس له حبس المبيع

---

[1] - المجموع 22/18.

ويبطل حقه في الحبس بتأجيل الثمن لأنه ليس من حكم الثمن تقديم تسليمه على تسليم المبيع لا محالة، ألا ترى أن الثمن إذا كان عينا يسلمان معا فلم يكن قبول المشتري التأجيل رضا منه بإسقاط حقه في القبض.

وجه قولهما: أن المرأة بالتأجيل رضيت بإسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج كالبائع إذا أجل الثمن أنه يسقط حق حبس البيع وهذا قياس والاستحسان قول أبي يوسف.[1]

وعليه فقد أعمل الفريق الأول من أحناف وشافعية وحنابلة القاعدة: بأنه لا ينسب إلى ساكت قول وقالوا بحقه في الدخول بزوجته بعد العقد مع تأجيل مهرها فقد أسقطت حقها بالتأجيل فليس لها الامتناع أما هو فلا ينسب له إلتزام بسكوته.

أما الفريق الثاني فاستثنوا هذه الجزئية من القاعدة استحسانا كما وجه ذلك الإمام أبو يوسف فقالوا أن سكوته وعدم اشتراط الدخول وهو حاجة بيان فيه إسقاط لحقه في المطالبة بتأجيله المهر، وبخصوصية هذا العقد إذ يشترط في الأنكحة مالا يشترط في سائر العقود من الألفاظ والأولياء والشهود تمييزا للنكاح بما لا مجال لتسويته بعقد البيع وقياسه على أحكامه من كل وجه.و اعتمد الزهري كما رأينا على السنة بحديث ابن عباس.

و الحاصل:أن قاعدة الاستحسان مبنية على الاستثناء من أصل عام اقتضاه دليل شرعي خاص حفاظا على يسر أحكام الشريعة.وقد أشار الشاطبي رحمه ا إلى أن منشأ القول بالاستحسان مبني على هذا الملحظ من حيث أن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل العام الذي يؤدي إلى الغلو في الحكم والمبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع استثناء لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع. يقول في الموافقات ينقل تفسير ابن العربي للاستحسان: " بأنه إيثار مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ثم جعله أقساما: فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الإيمان إلى العرف ، وتركه إلى المصلحة كتضمين الأجير المشترك أو تركه للإجماع أو تركه في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق.."[2]

---

[1] - بدائع الصنائع 283/3.

[2] - الموافقات 148/4 وما بعدها.

وإذا تأملنا المسائل أو النماذج التي استثنيت بالاستحسان إنما خرجت عن حكم نظائرها وعدلوا بها عن القياس لمدرك سموه استحسانا لكن كان مستنده إما العرف أو المصلحة كما رأينا فيمن تصدق بجميع ماله، أو بالضرورة كالحكم بطهارة الآبار التي تنجست، إذ القياس يقتضي أن لا تطهر أبدا لبقاء الماء النجس ولو قليلا مع اختلاف بين الفقهاء كما رأينا في ذلك، ولا داعي للإطالة بعرض مزيد من النماذج لكن لا بد من الإشارة هنا أن ما سماه الحنفية استحسانا سماه غيرهم بمستنده الأصلي الذي هو العرف، أو المصلحة أو الضرورة.

إذا عرفنا هذه الحقيقة من عود الاستحسان إلى أحد الأدلة الشرعية المتفق عليها. هذا لا يستلزم أن تكون جزئيات الأحكام القائمة على الاستحسان متفقا عليها، لأن الدليل وإن كان متفقا عليه إلاّ أن استنباط المدلولات منه قائم على الاجتهاد وهو مثار خلاف الفقهاء في كثير من المسائل إذ كيفية الاستنباط وعوارض الأدلة تختلف من مجتهد لآخر، فالسنة أصل لا خلاف فيه ومع ذلك فكثيرا ما يقع الخلاف في الاعتماد عليه أو في كيفية الاستدلال به وكذا القول في القياس فكونه أصلا متفقا عليه لم يمنع من الاختلاف في جزئيات الأحكام المترتبة عليه وهكذا..[1]

فاستثناء جزئية من حكم كلي بسبب الاستحسان إنما هو جزء من هذا المفهوم العام.

---

[1] - انظر ضوابط المصلحة للبوطي 214.

الفصل الثاني:

الاستثناء بسبب الاستصحاب

و فيه ما يلي:

المبحث الأول:الاستصحاب:تعريفه،أنواعه،حجيته

المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستصحاب

المبحث الأول:

الاستصحاب:تعريفه،أنواعه،حجيته

المطلب الأول :تعريف الاستصحاب:

أـ لغة :

هو استفعال من الصحبة ، وهي الملازمة .

قال في المصباح المنير: كل شيء لازم شيئا فقد استصحبه، واستصحبت الكتاب وغيره: حملته صحبتي ومن هنا قيل: استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتا، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة.

ب ـ اصطلاحا :

عرفه الإسنوي بقوله:

"هو عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول، لفقدان ما يصلح للتغيير".[1]

وعرفه ابن القيم:

"استدامة إثبات ما كان ثابتا أو نفي ما كان منفيا أي بقاء الحكم القائم ـ نفيا أو إثباتا ـ حتى يقوم دليل على تغيير الحالة".[1]

---

[1] الإسنوي على المنهاج: 131/3.

وعرفه شهاب الدين الزنجاني بأنه:

" الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل ، وهو الملقب بالاستصحاب".[2]

وهي تعاريف متقاربة تعني استمرار حكم قائم حتى يثبت بالدليل تغيره نفيا أو إثباتا.

المطلب الثاني :أنواع الاستصحاب:

ذكر الأصوليون أنواعا للاستصحاب لخصها الشوكاني في صور خمسة قال:

" إحداها: استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه ، كالملك عند جريان القول المقتضي له، وشغل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح، فهذا لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض.

الثانية: استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغيره ، كنفي صلاة سادسة.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا حجة بالإجماع أي من القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع.

الثالثة: استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة، فإن العقل عندهم يحكم في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي ، وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات.

الرابعة: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، إما تخصيصا إن كان الدليل ظاهرا أو نسخا إن كان الدليل نصا فهذا أمر معمول به بالإجماع.

وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب فأثبته جمهور الأصوليين ومنعه المحققون منهم إمام الحرمين في البرهان، وابن السمعاني في القواطع لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب.

الخامسة: الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع: وهو راجع إلى الحكم الشرعي بأن يتفق على حكم في حالة، ثم يتغير صفة المجمع عليه فيختلفون فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال.

---

[1] إعلام الموقعين 339/1.

[2] تخريج الفروع على الأصول 79.

مثاله: إذا استدل من يقول أن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته لا تبطل صلاته لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك فاستصحب إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة.

وهذا النوع في محل الخلاف فذهب الأكثرون منهم القاضي وأبو إسحاق الشيرازي وابن الصباغ و الغزالي إلى أنه ليس بحجة، وقال الماوردي و الروياني أنه قول الشافعي وجمهور العلماء فلا يجوز الاستدلال بمجرد الاستصحاب بل إذا اقتضى القياس أو غيره إلحاقه به وإلا فلا.

وذهب أهل الظاهر وآخرون على أنه حجة و اختاره الآمدي وابن الحاجب".[1]

المطلب الثالث :حجية الاستصحاب:

1. تحرير محل النزاع :

ذكر ابن القيم: أنه لا خلاف في وجوب العمل بالاستصحاب فيما دل العقل والشرع على ثبوته وكذا لا خلاف في وجوب العمل باستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه وإن تنازع الفقهاء في بعض أحكامه لتجاذب المسألة أصلين متعارضين.

أما الخلاف فهو في البراءة الأصلية و العدم الأصلي وهذا المعنى هو المراد غالبا عند إطلاق الاستدلال بالاستصحاب،و كذلك استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع وذكر الجلال المحلي أنه لا خلاف في استصحاب العدم الأصلي،وهو نفي ما نفاه العقل ولم يثبته الشرع.[2]

وقد سبق أن ذكرنا ما جعله الشوكاني حجة من صور الاستصحاب.

وعليه فالذي يؤخذ من كلام الأصوليين - والذي تدل عليه استدلالات الفقهاء من خلال الفروع - أن الخلاف واقع في جميع أنواع الاستصحاب لأنه ما ذكره أحدهم على أنه لا خلاف فيه ذكره الآخر أنه محل خلاف؟

---

[1] إرشاد الفحول251/2- 252 . و انظر: العدة 73/1 ، المستصفى 223/1، المحلي على جمع الجوامع 350/2 الإحكام للآمدي 131/4.

[2] إعلام الموقعين 341/1-344.

غير أنه أجمع الفقهاء الأربعة على الأخذ به لكنهم اختلفوا في مقدار ذلك فأقلهم أخذا به الحنفية على طريقتهم في الأخذ بالاستصحاب وهو ما سنفصله لاحقا. وأكثرهم استدلالا به الحنابلة ثم الشافعية ، وبين الفريقين المالكية، ويظهر أن مقدار أحد الأئمة بالاستصحاب كان تابعا لمقدار الأدلة التي توسعوا فيها كما قال الشيخ أبو زهرة.[1]

2. **مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب:**

و نفصلها فيما يلي:

1- ذهب أكثر الأصوليين أن الاستصحاب حجة عند مالك والشافعي وأحمد وغيرهم في إبقاء الأمر على ما كان إثباتا ونفيا، أي أنه حجة في النفي والإثبات.

يقول الشيخ أبو زهرة موضحا ذلك:

" الحكم الذي يثبت باستمرار الحال أو على التحقيق يستمر باستمرار الحال له جانبان: جانب إيجابي مثبت، وجانب سلبي مثبت ولعل أوضح مثال نقرر به هذين الجانبين: المفقود قبل الحكم بوفاته، فإن الحال التي كانت ثابتة هي الحياة، فيفرض استمرارها وتستمر معها الأحكام وهي ذات جانبين:

أ. اكتساب الحقوق التي تثبت للحي قبل غيره كميراثه من غيره وانتقال ملك الغير إليه بمثل الوصية والميراث، فإن هذا جانب إيجابي يجاب حقوقا جديدة.

ب. ملكيته للأمور الثابتة ملكيتها قبل الفقد، ومنع غيره منها لفرض استمرار حياته ويسمى ذلك حقا سلبيا".[2] أي لا يحكم بموته فنوزع تركته مثلا.

2. ذهب أكثر المتأخرين من الحنفية: إلى أنه حجة في النفي الأصلي (أي كما قدمنا في المثال ملكيته للأمور الثابتة) دون إثبات الحكم الشرعي، أي أنه حجة في الدفع دون الإثبات، فلا يصلح حجة لترتب حقوق جديدة باعتبار الأمر على ما كان ووفق المثال السابق: الاستصحاب عندهم حجة في إثبات حقوقه الثابتة له كبقاء زوجته على ذمته، ولا تقسم أمواله على ورثته باستصحاب حال حياة المفقود لكن لا يثبت له ميراث جديدا ووصية موصى له مثلا.

---

[1] ابن حنبل لأبي زهرة :ص 279.

[2] ابن حنبل لأبي زهرة : ص 291.

3. ذهب كثير من الحنفية وبعض الشافعية وأبو الحسن البصري وجماعة من المتكلمين إلى أنه ليس بحجة أصلا ، لا لإثبات ولا لنفي.[1]

1. **حجة الفريق الأول:**

احتج القائلون بالاستصحاب مطلقا بما يلي:

الكتاب: قوله تعالى:" قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلاّ أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير،فإنّه رجس أو فسقا أهل لغير ا به"الأنعام 145.

وهذا احتجاج بعدم الدليل.

السنة: قوله صلى ا عليه وسلم:"أن الشيطان يأتي أحدهم فيقول: أحدثت، أحدثت، فلا يتصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا".[2]وهو الحكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه وهو عين الاستصحاب.

الإجماع: و ذلك أن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداء لا تجوز له الصلاة و لو شك في بقائها جازت له الصلاة ، و لو لم يكن الأصل في كل متحقق دوامه لما لزم ما ذكرنا في الصورتين.

العقل: و ذلك أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو عدمه، حتى أنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على ما أقر به قبل تلك الحالة، ولولا أن الأصل إبقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك.[3]

و أيضا فإن الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول صلى ا عليه وسلم هي ثابتة في حقنا ونحن مكلّفون بها وطريق إثباتها في حقنا إن هو إلا الاستمرار وبقاء ما كان على ما كان، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبتت هذه الأحكام في

---

[1] انظر: أصول السرخسي225/2 و ما بعدها ، إعلام الموقعين 341/1 ، العضد على ابن الحاجب 284/2 ، الإحكام للآمدي 133/4.

[2] أخرجه أبو داود عن أبي هريرة ، باب الشك في الحدث رقم 177 ص 36 مع اختلاف في بعض ألفاظه.

[3] الإحكام للآمدي 133/4.

حقنا، لجواز أن تكون قد نسخت، ولكان احتمال النسخ مساويا لاحتمال البقاء أو يكون ثبوتها ترجيحا بلا مرجح.[1]

2. حجج القائلين أنه حجة للدفع لا للإثبات وهم متأخري الحنفية:

إن الدليل الموجب والمثبت لحكم في الشرع لا يوجب بقاؤه لأن حكمه الإثبات، والبقاء غير الإثبات، فلا يثبت به البقاء كالإيجاد لا يوجب البقاء لأن حكمه الوجود لا غير.

وما قلنا من أن الدليل الموجب لشيء لا يوجب بقاؤه، لأن البقاء بمنزلة أعراض تحدث، فلم يصلح أن يكون وجود شيء علة لوجوده غيره من غير انضمام دليل آخر إليه فلا يصلح نفس وجود الحكم على بقائه، فثبت أن الدليل الموجب للحكم لا يوجب بقاؤه، فلا يكون البقاء ثابتا بدليل، بل بناء على عدم العلم بالدليل المزيل مع احتمال وجوده فلا يصلح حجة على الغير.[2]

3. **حجج النافين مطلقا:** استدل القائلون ببطلان الاستصحاب بأدلة منها:

1. الطهارة ، والحل والحرمة ونحوها من الأحكام الشرعية لا تثبت إلا بدليل منصوب من قبل الشرع ، وأدلة الشرع منحصرة في النص والإجماع والقياس إجماعا والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات.

2. لو كان الأصل البقاء لكانت بينة النفي أولى بالاعتبار من بينة الإثبات لأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية، فيكون الظن الحاصل بها أقوى، وهذا باطل، لأن البينة لا تعتبر من النافي، وهو المدعى عليه ، وتقبل من المثبت وهو المدعي إجماعا.

3. أن التمسك بالاستصحاب يؤدي إلى التعارض في الأدلة، فإن من استصحب حكما من صحة فعل له وسقوط فرض، كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته كما لو قيل: أن المتيمم إذا رأى الماء قبل صلاته وجب عليه الوضوء فكذلك إذا رآه بعد دخوله في الصلاة باستصحاب ذلك الوجوب إذا قيل هذا أمكن أن يعارض: بأن الإجماع قد انعقد على صحة شروعه في الصلاة وانعقد الإحرام وقد وقع الاشتباه في

---

[1] انظر :أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للخن 543- 544.

[2] كشف الأسرار: 380/9- 381.

بقائه بعد رؤية الماء في الصلاة فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب، ولا شك أن هذا تعارض، وما أدى إلى مثله كان باطلا.[1]

وهناك حجج أخرى أقام عليها النافون للاستصحاب مذهبهم لكن لابد من الإشارة هنا إلى ما ذكره الإمام الدبوسي في مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه ا في الاستصحاب إذ يؤكد الأخذ به - على التحقيق - إذ يقول في تأسيس النظر - في أصول الحنفية -:

" الأصل عند أبي حنيفة:أنه متى عرف ثبوت الشيء عن طريق الإحاطة والتيقن لأي معنى كان فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه،كمن تيقن الطهارة و شك في الحدث فهو على طهارته،و كمن تيقن الحدث و شك في الطهارة فهو على الحدث ما لم يتيقن الطهارة وعند الإمام القرشي أبي عبد ا محمد بن إدريس الشافعي رضي ا عنه وأرضاه كذلك وعلى هذا مسائل".[2]

ثم أخذ بسرد المسائل التي تؤيد أخذ الإمام أبو حنيفة النعمان رضي ا عنه بالاستصحاب والتي اتفق فيها مع الإمام الشافعي وهذا ما يؤكد ما نقلناه سابقا عن الإمام أبو زهرة في أخذ الأئمة الأربعة بالاستصحاب مع التفاوت وفق سلم قوة الأصول التي تختلف قوة وضعفا تقديما وتأخيرا من إمام لآخر وهو ما يظهر من خلال التطبيقات.

---

[1] المرجع السابق.

[2] تأسيس النظر للدبوسي 17- 19.

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في **الاستثناء من القواعد بسبب الاستصحاب**

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في **الاستثناء من القواعد بسبب الاستصحاب**

المطلب الأول : المثال الأول : قاعدة " ما جاز لعذر بطل بزواله ".(م 23من المجلة)[1]

1 - شرح القاعدة:

أي أن ما كان جوازه بسبب العذر، فهو خلف عن أصل متعذر، فإذا زال العذر وأمكن العمل بالأصل انتقل إلى الأصل ولم يعد هناك مبرر لذلك البدل فلو جاز العمل بالخلف أيضا للزم الجمع بين الخلف والأصل فلا يجوز، كما يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز لهذه العلة.

ومعنى البطلان: شامل لسقوط اعتباره من حيث أنه يصير في حكم العدم كالمتيمم إذا وجد الماء ينتقض وضوءه بالحدث السابق، حتى لو وجده أثناء الصلاة بطلت ويفترض عليه الوضوء، ولوجوب الانسلاخ عنه كلبس الحرير لمن كان في جسده حكة ثم زالت.

فروع القاعدة:لهذه القاعدة فروع في العبادات والمعاملات :

منها المعتدة عن وفاة زوجها يجب عليها المكث في بيتها المعتدة فيه إلى إكمال عدتها لكن إذا اضطرت للخروج لضرورة الكسب حيث لا نفقة لها جاز لها الخروج ، فمتى حصل ما يغنيها عن الخروج، فقد زال العذر فلا خروج لها.

ومنها الوكيل إذا عزله الموكل ولم يبلغه العزل، ثم عمل بالوكالة جاز على موكله فإذا زال جهله وعلم بالعزل، فلا يجوز له التصرف.

و يتخرج على هذه القاعدة كثير من أحكام العوارض على أهلية الإنسان سواء كانت سماوية أو مكتسبة، كعذر السفر المؤدي إلى مثل إباحة الفطر، وقصر الصلاة وترك الجمعة، فإذا زال العذر يرتفع ذلك الحكم. وكأعذار الصغر والجنون والعته والسفه والمماطلة الموجبة للحجر على الصغير والمجنون والسفيه والمديون المماطل، يرتفع الحجر بزوالها.[2]

---

[1] انظر: ابن نجيم في الأشباه ص 95 والسيوطي 94 ، الزرقا 189 ، قواعد الأحكام 370 فيما يتدارك إذا فات بعذر.

[2] انظر شرح المجلة للآتاسي 60/1- 61.

وهذه القاعدة مرتبطة بقاعدة:"الضرورات تقدر بقدرها" وأن ما أبيح بناء على ضرورة أو رخصة أو مصلحة غالبة توقفت الإباحة فيه على بقاء ما شرع وأبيح من أجله. فإذا زالت الضرورة أو الرخصة أو المصلحة زالت الإباحة معها وعاد الحكم إلى سابق عهده من الحظر، وفقا للقاعدة: " الحكم يدور مع علته وجودا وعدما".[1]

وعليه فقد بنى الحنفية حكم المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة على هذا الأصل فقالوا بانتقاض تيممه وتبطل صلاته التي هو فيها لأن التيمم طهارة ضرورية فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها وبه قال أحمد في المشهور من مذهبه.

جاء في المغني: "المشهور من المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه سواء كان في الصلاة أو خارجا منها، فإن كان في الصلاة بطلت لبطلان طهارته ويلزمه استعمال الماء فيتوضأ إن كان محدثا ويغتسل إن كان جنبا وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر إن كان في الصلاة مضى فيها وقد روي ذلك عن أحمد. ثم قال: ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك".[2]

دل بمفهومه على أنه لا يكون طهورا عند وجود الماء و بمنطوقه على وجوب إمساسه جلده عند وجوده ولأنه قدر على استعمال الماء فبطل تيممه بالخارج من الصلاة ،ولأن التيمم طهارة ضرورة فبطلت بزوال الضرورة يحققه أن التيمم لا يرفع الحدث وإنّما أبيح للمتيمم أن يصلي مع كونه محدثا لضرورة العجز عن الماء زالت الضرورة فظهر حكم الحدث كالأصل.[3] وقالوا أيضا في إطلاق الحديث دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة.[4]

2- الاستثناء: حكم المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة.

استثني هذا الفرع من القاعدة في مذهب مالك والشافعي باستصحاب حال صحة

---

[1] المدخل الفقهي 69.

[2] أخرجه أبو داود من حديث أبي ذر: باب الجنب يتيمم رقم 332(كتاب الطهارة). والنسائي من حديث أبي ذر: كتاب الطهارة، باب الصلوات بتيمم واحد رقم 323.

[3] المغني 303/1.

[4] فتح القدير 92/1.

صلاته بعد الشروع فيها صحيحة بالتيمم بناء على العذر المبيح له، وما جاز له أول الصلاة جاز له آخرها.

وقد اعتبر الزنجاني أن القول في هذه المسألة مبني على القول باستصحاب حكم الإجماع قبل ورود الخلاف ، فإنه قال في تخريج الفروع على الأصول بعد ذكره خلاف الأصوليين في ذلك:

" يتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها: أن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته: لا تبطل صلاته عند الشافعي رضي ا عنه لأن الإجماع قد انعقد على صحة صلاته حالة الشروع، والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه إلا أن يقوم دليل الانقطاع".[1]

وهو حجة المالكية أيضا ، جاء في الموطأ:

" قال مالك في رجل تيمم حين لم يجد ماء، فقام و كبر و دخل في الصلاة، فطلع عليه إنسان معه ماء؟ قال: لا يقطع صلاته، بل يتمها بالتيمم وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات".[2]

و في الشرح الكبير:

"وصلاته صحيحة لأنه دخل الصلاة بوجه جائز، ولم تثبت سنة عن النبي صلى ا عليه وسلم، توجب قطع الصلاة بعد الدخول فيها بوجه مشروع، وتستحب له الإعادة في الوقت".[3]

وقال الشافعي في الأم:

"إذا تيمم فدخل في المكتوبة، ثم رأى الماء لم يكن عليه أن يقطع الصلاة وكان له أن يتمها، فإذا أتمها توضأ لصلاة غيرها".[4]

وقد خالف الشافعي رحمه ا ما ذهب إليه في هذه المسألة وسار وفق القاعدة في غيرها من الفروع فقال في الآمة إذا أعتقت وقد صلت ركعة تقنعت فيما بقي من

---

[1] تخريج الفروع على الأصول ص21.

[2] الموطأ55/1.

[3] الشرح الكبير 1/ 159 .

[4] الأم 41/1.

صلاتها وفي المريض يقوم إذا أطاقه أثناء الصلاة فما جاز لعذر بطل بزواله هنا.

وقد أجاب عن هذا فقال:

" لأنهما في صلاتهما بعد، وحكمهما في حالهما فيما بقي من صلاتهما أن تقنع هذه حرة، ويقوم هذا مطيقا، ولا أنقض عليهما فيما مضى من صلاتهما شيئا، لأن حالهما الأولى غير حالهما الأخرى.

والوضوء والتيمم عملان غير الصلاة، فإذا كان مضيا – وهما يجزيان – حل للداخل الصلاة، وكانا منقضيين مفروغ منهما، وكان الداخل مطيعا بدخوله في الصلاة....والذي يحل له أول الصلاة يحل له آخرها. وقال: فلم يجز أن يحبط عمله عنه ما كان مكتوبا له فيستأنف وضوءا وإنما أحبط ا الأعمال بالشرك به: فلم يجز أن يقال له: توضأ وابن على صلاتك".[1]

و قد رد ابن رشد احتجاج هذا المذهب بظاهر الآية: "ولا تبطلوا أعمالكم"محمد 33فقال:

"اتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة، واختلفوا هل ينقضها طروه في الصلاة ؟

فذهب مالك والشافعي وداود إلى أنه لا ينقض الطهارة في الصلاة، وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما إلى أنه ينقض الطهارة في الصلاة وهم أحفظ للأصل، لأنه أمر غير مناسب في الشرع أن يوجد شيء واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة وينقضها في غير الصلاة، ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى: "ولا تبطلوا أعمالكم" فإن هذا لم يبطل الصلاة بإرادته، وإنما أبطلها طرو الماء كما لو أحدث".[2]

و الحاصل أن القاعدة على عمومها عند الأحناف و الحنابلة ، و استثنى الشافعية و المالكية منها بعض الجزئيات استصحابا لحكم الإجماع ، منها صحة صلاة المتيمم إذا وجد الماء أثناءها و سوف تأتي أمثلة أخرى لذلك.

المطلب الثاني : المثال الثاني : قدرة المتمتع على الهدي بعد الشروع في الصوم.

---

[1] الأم 41/1 ، وانظر: مغني المحتاج 102/1.

[2] بداية المجتهد 73/1.

هذه المسألة نظير المسألة السابقة ارتأيت أن أشفع بها المثال السابق لانضوائها تحت نفس القاعدة واستثنيت للأسباب ذاتها و هذا بيانها:

المتمتع: هو الذي يحرم بعمرة في أشهر الحج ويتحال منها، ويتحال منها، ثم يحرم بالحج من مكّة دون أن يخرج إلى الميقات.

والهدي: ما يذبح في الحرم من المواشي.

و قد اتفق الفقهاء على أن المتمتع بالحج يجب عليه الهدي فإن لم يجد الهدي وجب عليه الصوم لقوله تعالى: "فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة".البقرة 196

لكن إذا دخل المتمتع في الصوم بعد عجزه عن الهدي، ثم قدر عليه -أي على الهدي- قال الحنفية إنما انتقل إلى البدل لتعذر الأصل وما جاز لعذر بطل بزواله فمتى قدر على الهدي أثناء صوم الأيام الثلاثة، أو بعدها قبل يوم النحر لزمه الهدي ،لأن الصوم خلف عن الهدي ، و إذا قدر على الأصل- قبل تأدي الحكم بالخلف- بطل الخلف.والمقصود هو التحلل، فإذا قدر على الهدي قبله وجب الانتقال إليه وإذا لم يقدر حتى تحلل فقد حصل المقصود بالخلف.

قال في فتح القدير:

"فإن قدر على الهدي في خلال الثلاثة، أو بعدها قبل يوم النحر، لزمه الهدي وسقط الصوم".[1]

واستثنى الأئمة الثلاثة هذه المسألة من القاعدة كما استثنوا سابقتها لاستصحاب الحال.

قال ابن رشد:

"هذه المسألة نظير مسألة طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم فقال مالك: إذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه إلى الصوم وإن وجد الهدي في أثناء الصوم. وقال أبو حنيفة: إن وجد الهدي في صوم الثلاثة الأيام لزمه وإن وجده في صوم السبعة لم يلزمه، وإنما فرق أبو حنيفة بين الثلاثة والسبعة لأن الثلاثة الأيام هي عنده بدل من الهدي والسبعة ليست بدل".[2]

---

[1] فتح القدير 207/2- 208.

[2] بداية المجتهد 369/1.

قال في المغني:

" ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدي لم يلزمه الخروج إليه- أي إلى الهدي- لصوم السبعة".[1]

وقال النووي:

" والخلاف فيها - أي في هذه المسألة- شبيه بالخلاف بين الشافعي وبينهما – أبي حنيفة و المزني- في رؤية المسافر الماء في أثناء صلاته بالتيمم".[2]

ووجه الاستصحاب أنه حين شرع بالصوم كان هو الواجب في حقه، وكان مجزئا عنه، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمامه ولا يلزم الخروج منه.

المطلب الثالث : المثال الثالث :حكم المسافر إذا قدم نهارا في رمضان.

ونظير المسألتين السابقتين اختلاف الفقهاء في هذه المسألة اختلافهم فيهما فذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين إلى أن المسافر إذا قدم في نهار رمضان وقد أفطر بعض يومه أخذا برخصة الفطر المشروعة للمسافر لا يلزمه الإمساك بقية اليوم استصحابا لحال الفطر المستفاد من الرخصة للسفر.

قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف:

" المسافر إذا قدم بعض اليوم مفطرا والحائض تطهر[3] لا يلزمهما الإمساك بقية اليوم ولا يكره لهما الأكل، لأن كل من أكل بعذر يبيح له الفطر في رمضان ظاهرا وباطنا، فإن حكم الإباحة، لا يزال في بقية اليوم، أصله لو استدام السفر، لأنه يوم جاز له الأكل في أوله بغير شبهة فجاز له الأكل في آخره كسائر الأيام، ولأن صوم اليوم الواحد عبادة واحدة بدليل أن أوله يفسد بفساد آخره، فلا يجوز أن يكون آخرها واجبا وأولها غير واجب كالصلاة الواحدة.[4]

ذكر صاحب المغني الروايتين عن أحمد فقال:

" فأما من يباح له الفطر في أول النهار ظاهرا أو باطنا كالحائض و النفساء

---

[1] المغني 512/3.

[2] المجموع 186/7.

[3] مثل المسافر كل من كان له عذر إفطار ثم زال عنه في نهار رمضان كالحائض و النفساء إذا طهرتا في نهار رمضان، وكالمريض إذا زال عنه المرض في نهار رمضان والمجنون إذا أفاق وغيرهم من ذوي الأعذار.

[4] الإشراف في مسائل الخلاف 444/1 .

والمسافر والصّبي والمجنون والكافر والمريض إذا زالت أعذارهم في أثناء النهار فطهرت الحائض و النفساء ، وأقام المسافر وبلغ الصبي وأفاق المجنون وأسلم الكافر وصح المريض المفطر ففيهما روايتان.

قال: إحداهما: لا يلزمهم الإمساك وهو قول مالك والشافعي وروي ذلك عن جابر بن زيد وابن مسعود أنه قال: من أكل أول النهار فليأكل آخره، ولأنه أبيح له فطر أول النهار ظاهرا وباطنا،فإذا أفطر كان له أن يستديمه إلى آخر النهار كما لو دام العذر".[1]

وذهب أبو حنيفة وأحمد في الرواية الثانية عنه: أنه يلزمه الإمساك بقية اليوم. وبه قال الثوري والأوزاعي ؛ قالوا لأنه معنى وجد قبل الفجر لوجب الصيام فإذا طرأ بعد الفجر أوجب الإمساك كمن أصبح مفطرا لعدم الرؤية ثم قامت له البينة بالرؤية.[2]

ويرجع هذا الخلاف أيضا لسبب ثان هو اختلافهم في قاعدة مشهورة لدى الفقهاء-من القواعد المختلف فيها-هي إذا تعارضت الرخصة والعزيمة هل تقدم العزيمة؟[3]فالذين رجحوا العزيمة قالوا: يلزمه الإمساك بقية اليوم.والذين رجحوا الرخصة قالوا: لا يلزمه الإمساك.[4]

المطلب الرابع:المثال الرابع:قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته".(م11 المجلة)

1- شرح القاعدة و تطبيقاتها:

أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ما فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تقم بينة تثبت نسبته إلى زمن أبعد فإذا ثبت يحكم بذلك. ووجه حكم القاعدة في إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجودا في الوقت الأقرب - فيحكم به- وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجودا قبل ذلك، والآخر ينكره فالقول للمنكر حتى يثبت المدعي دعواه. و قد سبق شرح القاعدة.[5]

---

[1] المغني3 /75.

[2] نفس المصدر السابق.

[3] ملاحظة: تصاغ قواعد الخلاف عموما بصيغة الاستفهام.

[4] انظر الروكي في التقعيد الفقهي: اختلاف الفقهاء بسبب التقعيد بالترجيح ص 567.

[5] انظر شرح القواعد للزرقا 125.و هذه الرسالة ص .

2- الاستثناء: ادعاء زوجة النصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها فهي تستحق الميراث

إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته على دينه، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث فالقول للورثة عند جمهور العلماء،مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة لأن إسلامها أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب، وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل، والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في هذه المسألة وأن اختلاف الدين الذي هو سبب الحرمان من الإرث موجود بالحال وبالاستصحاب، وهو أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها وبهذا الاستصحاب المقلوب تعتبر الزوجة في الزمان السابق مسلمة أيضا.[1]

جاء في الهداية:"إذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت :أسلمت بعد موته، وقال الورثة: أسلمت قبل موته، فالقول قول الورثة.وقال زفر رحمه ا : القول قولها".

و قال في الهداية أيضا: "ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال. قال في العناية: إن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال -أي باستصحاب الحال- وهذا الحال ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث،وهو الصحيح، وهو– أعني زفر- يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا".[2]وهذا مبني على أصلهم -أي الأحناف- في أن الاستصحاب حجة للدفع دون الاستحقاق، كما أوضحناه سابقا.

أما الشافعي وأحمد ومالك رحمهم ا فإن الاستصحاب عندهم حجة مطلقا فيصلح للاستحقاق كما يصلح للدفع ولذلك قالوا بقول من يدعي استمرار الحال حتى يثبت بالبينة خلافه. قال ابن قدامة: " لو مات مسلم وخلّف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنّها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة، فالقول قول الورثة، لأن الأصل عدم ذلك، أي عدم ما ادعته من إسلامها قبل موته". وقال:" ولنا أن

---

[1] درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص 26.

[2] الهداية 5/ 515-517.

الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه".[1]

وقال الشافعي رحمه ا تعالى في مسألة مماثلة: "إذا مات المسلم وله امرأة فقالت: كنت أمة فأعتقت قبل أن يموت ،أو ذمية فأسلمت قبل أن يموت، أو قامت عليها بينة أنها كانت مسلمة أو ذمية، وادعت العتق والإسلام قبل أن يموت الزوج، فأنكر ذلك الورثة وقالوا: إنما كان العتق والإسلام بعد موته. فالقول قول الورثة وعلى المرأة البينة لأنها عرفت بحال فهي من أهلها حتى تقوم البينة على خلافها".[2]وهو الاستصحاب كما هو واضح.

أما عند المالكية فلم أعثر على المسألة ذاتها لكن قالوا فيمن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرث أصلا.[3]

وجاء في الشرح الكبير صورة نظير لمثالنا فيها: " أنه إن ادعى أخ أسلم أن أباه أسلم ومات مسلما وادعى الأخ النصراني أنه استمر على النصرانية ومات على نصرانيته فالقول للنصراني. قال: هذا إذا كان دينه المعلوم النصرانية استصحابا للأصل المتفق عليه".[4]

المطلب الخامس : المثال الخامس:قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

1- شرح القاعدة:

المصلحة مقصود الشرع فيما أمر به أو ما نهى عنه وتتحقق هذه المصلحة بجلب خير أو دفع شر قد يتبدى لنا وقد يخفى علينا ، لأن المصلحة أمر نسبي في الغالب ، فالجهاد مثلا ينطوي على بعض المفاسد من قتل أرواح أو دمار يحل بساحة الجهاد إلا أن فيها مصلحة أعظم حجة وهي حفظ الدين.وقد ضبط الفقهاء هذه المصالح بمجموعة من القواعد الفقهية منها هذه القاعدة التي بين أيدينا: "لا ضرر ولا ضرار".

والقاعدة نص حديث شريف رواه عدد من الصحابة عن رسول ا صلى ا عليه وسلم منهم أبو سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن الصامت رضي ا عنهم،

---

[1] المغني 275/10-277.

[2] الأم للشافعي 6/ 246.

[3] بداية المجتهد 356/2.

[4] الشرح الكبير 4/ 224.

وأخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى ا عليه وسلم مرسلا.[1] كما رواه الحاكم عن طريق أبي سعيد الخدري رضي ا عنه أن رسول ا صلى عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار ومن ضار ضاره ا ، ومن شاقّ شاق ا عليه".[2] والشطر الثاني من الحديث ورد في صحيح البخاري وهو: "من شاقّ شاق ا عليه يوم القيامة".[3] و أخرجه أبو داود وابن ماجة من طرق أخرى وكذا الدارقطني عن عائشة قال عنها ابن الصلاح في درجة الحديث :أسنده الدارقطني من وجوه مجموعها يقوي الحديث و يحسنه و قد نقله جماهير أهل العلم واحتجوا به. فعن أبي داود قال: "الفقه يدور على خمسة أحاديث"، وعد هذا الحديث منها".[4]

شرح مفردات القاعدة:

الضرر: بالضم والفتح: وهو ضد النفع،يطلق على ما يؤلم الظاهر من الجسم وما يتصل بمحسوسه في مقابلة الأذى وهو إيلام النفس وما يتصل بها. وتشعر الضمة في الضر بأنه عن قهر وعلو، والفتحة بأنه ما يكون من مماثل أو نحوه.

والضرار: فعال بكسر أوله من ضار ومضارة.[5]

والضرر:إلحاق مفسدة بالغير مطلقا.

و الضرار:مقابلة الضرر بالضرر دون ملاحظة الجزاء.

وقالوا: الضرر هو أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضررا بما لا ينتفع هو به.[6]

والضرار هو المضارة و منه قوله تعالى : "ولا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له

---

[1] الموطأ 446.

[2] المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري ج/57 .

[3] أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب الأحكام ،باب من شاق شق ا عليه ،رقم7152 ،و انظر: فتح الباري ج127/3 ط دار الفكر / لبنان.و أخرجه أبو داود في سننه: كتاب القضاء،باب في القضاء ،رقم3635 بلفظ " من أضر أضر ا به و من شاق شاق ا عليه" . و ابن ماجه في سننه:كتاب الأحكام ،باب من بنى في حقه ما يضر بجاره،رقم2342 و بلفظ "لا ضرر و لا ضرار" عن ابن عباس و عبادة بن الصامت برقم2340-2341من نفس الباب.

[4] فيض القدير للمناوي 432/6.

[5] المصباح المنير للفيومي 2/ 425.

[6] المدخل الفقهي: لأحمد حجي الكردي ص45. و انظر غمز عيون البصائر 188/1.

بولده". البقرة 323

وهو النهي أن يتخذ أحد الزوجين الطفل لمضارة الطرف الآخر.

ومثله قوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا". البقرة231.والضرر هنا مراجعة الزوج زوجته قاصدا إضرارها فلا هو أمسكها بمعروف ولا سرحها بإحسان.

فهذه بعض الجزئيات تشهد للقاعدة.

ومعنى القاعدة:

النهي عن الإضرار بالناس مطلقا سواء أكان الضرر مبتدأ أو بعد ضرر سابق عليه، هذا إذا لم يكن الإضرار بعد ضرر سابق عليه على وجه الجزاء، فإذا كان على وجه الجزاء جاز بقدره، وإلا منع قال تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"[1] البقرة 193

قواعد متفرعة عنها:

للقاعدة الكبرى قواعد متفرعة عنها ومندرجة تحتها منها ما هي ضوابط لها مثل:الضرر يزال-الضرر يدفع بقدر الإمكان-الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف-يختار أهون الضررين- يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام- درء المفاسد أولى من جلب المصالح..وغيرها.

تطبيقاتها:

هذه القاعدة ذات تطبيقات واسعة في الأحكام الفقهية نذكر منها على سبيل المثال:

- الرد بالعيب لإزالة الضرر على المشتري ،ومنها جميع أنواع الخيار.
- الحجر بأنواعه للمحافظة على مال غير القادر على التصرف السليم فيه كالسفيه والمفلس والقاصر لما في أعمالهم من إضرار بأنفسهم وبالآخرين.
- القصاص يدفع الضرر عن أولياء القتيل ،والحدود لدفع الضرر عن المجتمع.
- فسخ النكاح بالعيوب والإعسار..لرفع الضرر عن الزوج أو الزوجة.
- شرعت الشفعة للشريك والجار وذلك دفعا لضرر المشتري الجديد المحتمل عليهما.[2]

---

[1] المرجع السابق.

[2] انظر :الزرقا شرح القواعد ص167،المدخل الفقهي للكردي45-46،الأشباه لابن نجيم 94.

2- الاستثناء: شفعة الشريك المقاسم والجار.

تعريف الشفعة:

الشفعة بضم الشين وسكون الفاء لغة : مأخوذ من الشفع، وهو الزوج خلاف الفرد، أو من الضم والزيادة: لأن الشفيع يضم حصة شريكه ويزيد بها حصته، أو تكون حصة واحدة فيشفعها بثانية.

وقيل من الشفاعة والإعانة، فقد كان الرجل في الجاهلية إذا اشترى حائطا أو منزلا أتاه شريك البائع،فيشفع إليه و يتوسل بأن يعينه و يوليه إياه حتى يتوصل إلى ملكه أو يندفع عنه الضرر،فسمي ذلك شفعة ،و سمي الآخذ شفيعا و المأخوذ منه مشفوعا عليه .

و الشفعة في عرف الفقهاء :استحقاق شريك أخذ ما باعه شريكه بثمنه الذي باعه به.أو استحقاق الإنسان انتزاع حقه شريكه من مشتريها.[1]

و قد أقر الإسلام ما كان عليه الناس في الجاهلية من أخذ الشريك بالشفعة لما فيها من مصلحة و دفع الضرر عن الشريك.

مشروعيتها:

و هي مشروعة بالسنة و الإجماع :

أما السنة فبما روي عن جابر رضي ا قال : "قضى رسول ا صلى ا عليه و سلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة".متفق عليه مع اختلاف ألفاظه.[2]

أما الإجماع فقد قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط ،و المعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه و تمكن من بيعه لشريكه و تخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص و الاستخلاص .فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه و تخليص شريكه من الضرر.فإذا لم يفعل ذلك و باعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك على نفسه و لا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال :لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضرار بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه

---

[1] المقدمات الممهدات 61/3 و المغني 459/5.

[2] البخاري باب الشفعة ح رقم 2257 و مسلم رقم 4128.

إذا ابتاعه لم يبتعه و يتقاعد الشريك عن الشراء فيستضرر المالك.قال ابن قدامة: وليس بشيء لمخالفته الآثار".[1]

فقد اتفق الفقهاء أن الشفعة تثبت للشريك الذي لم يقاسم و اختلفوا في الشريك المقاسم و الجار.

فذهب الإمام أبو حنيفة رحمه ا إلى أن الشفعة تثبت للشريك المقاسم إذا لم يوجد الخليط.فإذا لم يوجد المقاسم ثبتت للجار وفقا للقاعدة.

جاء في بداية المبتدي: "الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب و الطريق،ثم للجار".[2]

ذلك أن ملك الجار متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد و قرار فيثبت له حق الشفعة. و الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار،إذ هو مادة المضارة،و قطع هذه المادة بتملك الأصيل - و هو الشفيع - أولى.[3]

و قد عزز قوله هذا بأدلة نقلية منها:

قوله صلى ا عليه و سلم:"جار الدار أحق بالدار و الأرض،ينتظر له و إن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد".[4]

وقوله صلى ا عليه وسلم: "الجار أحق بسقبه. قيل: يا رسول ا ما سقبه؟ قال: شفعته".ويروى: "الجار أحق بشفعته".[5]

و السقب: القرب، ومعناه أن الجار بسبب قربه أحق بالشفعة والمراد بالجار الشريك في حق الدار، بدليل قوله إن كان طريقهما واحد.

---

[1] المغني 460/5.

[2] بداية المبتدي 407/7.

[3] انظر الهداية 410/7.

[4] قال الزيلعي :الحديث مركب من حديثين صدره أخرجه النسائي في سننه:كتاب البيوع،بابذكر الشفعة و أحكامها،رقم4707. و أبو داود 3517.و الترمذي في جامعه:كتاب الأحكام ،باب ما جاء في الشفعة،رقم1368 بلفظ "جار الدار أحق بدار الجار و الأرض "مع اختلاف في بعض ألفاظه .قال الترمذي حديث حسن صحيح.وبقية الحديث أخرجه أيضا أصحاب السنن :أبو داود رقم 3518.الترمذي رقم 1369 .انظر :نصب الراية 174/4.

[5] القسم الأول أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب الشفعة،باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ،ح رقم 2258 . و أما قوله ما السقب؟ قال الجوار. هي من قول عمرو بن الشريد أحد رواة الحديث.انظر نصب الراية 174/4. والرواية الثانية أخرجها أبو داود رقم 3516.

وبهذا فقد اعتبر الأحناف الشفعة للجار والشريك المقاسم أحد أفراد القاعدة إذ أن إثبات حق الشفعة لهما هو من باب دفع الضرر عنهما كما عبروا عن ذلك في معقول أدلتهم.

واستثنى الأئمة الثلاثة الجار والشريك المقاسم من الشفعة وعمدتهم في ذلك الاستصحاب، فقالوا: الأصل في انتقال ملك شخص لآخر لا يكون إلا برضاه فيعمل بهذا الأصل إلى أن يدل دليل بخلافه، والدليل قائم على مخالفة هذا الأصل في الشريك الذي لم يقاسم، فيبقى فيما عداه على الأصل فلا تثبت الشفعة للجار ولا للشريك المقاسم.

جاء في بداية المجتهد: "عمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب أي ثبوت الشفعة للشريك المقاسم والجار وعدم ثبوتها فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول".[1]

قال:" وقال أهل المدينة: لا شفعة للجار ولا للشريك الذي لم يقاسم و عمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب (أن رسول ا صلى ا عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة)، وحديث جابر أيضا (أن رسول ا صلى ا عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة).[2]

قال مالك في موطئه بعد ذكر الحديث: (وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا).[3]

ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار،و أيضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم".[4]

---

[1] بداية المجتهد2/ 256- 257 .

[2] أخرجه مسلم رقم 4128 (باب الشفعة)- أبو داود باب الشفعة رقم 3515– الترمذي باب ما جاء في الحدود ووقعت السهام فلا شفعة رقم 1370.

[3] الموطأ 503 رقم حديث سعيد بن المسيب 1394.

[4] بداية المجتهد 257/2.

وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول:" لا شفعة للجار عند الشافعي رضي ا عنه مصيرا منه إلى أن الشفعة تملك قهري تأباه العصمة، غير أن الشرع ورد به في الشريك مقرونا بدفع أنواع من الضرر، فيتقدر بقدر الضرورة، وضرر الجار لا يساويه في اللزوم، فإنّه يمكن دفعة بالمرافقة إلى السلطان، ولذلك إذا اجتمعا قدم الشريك على الجار، ولو تساويا في الضرر تساويا في الاستحقاق كما في الخليطين، فلا يلحق به".[1]

وقد احتج الشافعي من الأثر بحديث جابر ومرسل ابن المسيب الذي سبق ذكرهما وقال في الأم: "وبهذا نأخذ".[2] كما احتج بها الحنابلة.

وجاء في المغني:"ولا يجب الشفعة إلا للشريك المقاسم،فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. قال:وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه وإجبار له على المعارضة لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت إلا بشروط وذكر من بين الشروط أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وذكر منهم الشافعي ومالك والأوزاعي .. الخ".[3]

وعلى هذا فقد أخرج الأئمة الثلاثة من حكم قاعدة الضرر، حق الجار والشريك المقاسم في الشفعة باستصحاب أصل قوي أيضا هو أنه لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت كما جاء عن الإمام أبي يوسف، وفي قاعدة أخرى :إلا بسبب شرعي.[4]ولم يثبت لديهم ما يستحق به الجار والمقاسم الشفعة لتعارض الأدلة وقوة ما استدلوا به من الأثر لديهم.

وقد حمل حديث البخاري: " الجار أحق بصقبه "، معرفة ما للجار من حقوق الجوار، ومنها العرض عليه عند إرادة البيع قبل الأجنبي، وبذلك لا يتعارض معناه مع حديث

---

[1] تخريج الفروع على الأصول للزنجاني 119.

[2] الأم للشافعي 232/3 .

[3] المغني 460/5- 461 .

[4] قاعدة المجلة" لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي "م 96 .انظر: الخراج لأبي يوسف 65- 66.

الشفعة فيما لم يقسم، والجمع بين الأحاديث ما أمكن أولى من حملها على التعارض.[1]

في حين اعتبر الأحناف الشفعة للجار و الشريك المقاسم أحد أفراد القاعدة لأن إثبات الشفعة لهما هو من باب دفع الضرر عنهما.

المطلب السادس : المثال السادس:قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام".

1- شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المهمة المتصلة بمبحث التعارض والترجيح، سارية في باب الحلال والحرام ،يتمثل فيها جانب الاحتياط في الدين، و لها ألفاظ مختلفة وردت بها في كتب القواعد. منها:

" إذا اجتمع حظر وإباحة غلّب جانب الحظر".[2]

" إذا اجتمع المبيع والمحرم غلّب جانب المحرم ".[3]

" إذا تعارض المقتضى والمانع يقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم ".[4]

"الأصل أنه إذا تعارض دليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الإباحة يغلب الموجب للحظر".[5]

وهذه القواعد كلها تدل على معنى متحد وهو أنه إذا اجتمع في شيء واحد دليلان ؛أحدهما يحال هذا الشيء ،والآخر يحرمه، وجب تغليب جانب التحريم، والعلة في ذلك أن في تغليب جانب التحريم درء مفسدة، وتغليب الحلال جلب مصلحة ،ودرء المفسدة يغلب دائما على جانب المصلحة ؛لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه الإتيان بالمأمورات.[6]

أصل القاعدة قوله صلى ا عليه وسلم: " الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يقع فيه، ألا

---

[1] مدونة الفقه المالكي و أدلته 163/4.

[2] مختصر قواعد العلائي 577/2 .

[3] المنثور للزركشي 125/1، الأشباه لسيوطي 105 ، الأشباه لابن نجيم 109.

[4] المرجع السابق. المجلة المادة 46.

[5] الأشباه والنظائر لإبن الوكيل 305/1.

[6] انظر قواعد الفقه للندوى 309 وموسوعة قواعد الفقه الإسلامي 422/1.

و إن لكل شيء حمى ، ألا وإن حمى ا محارمه".[1]

والمشتبهات: هو كل ما ليس بواضح الحلّ والحرمة مما تنازعته الأدلة وتجاذبته المعاني فبعضها يعضده دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال. و قد أجمع العلماء على عظيم موقع هذا الحديث وكثرة فوائده إذ منها الحث على فعل الحلال واجتناب الحرام، والإمساك عن الشبهات والاحتياط للدين والعرض، وعدم تعاطي ما يسيء الظن و يوقع في محذور".[2]

وعبارة القاعدة لفظ حديث أورده جماعة:"ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال".

قال الحافظ العراقي: لا أصل له.

وضعفه البيهقي قال: حديث رواه جابر الجعفي-رجل ضعيف-عن الشعبي عن ابن مسعود وهو منقطع...

قال تاج الدين السبكي في الأشباه والنظائر:"غير أن القاعدة في نفسها صحيحة".ونقل عن الجويني قوله في السلسلة:"لم يخرج عنها إلا ما ندر".[3]

وقد وردت وقائع كثيرة قضى بها النبي صلى ا عليه وسلم والصحابة من بعده ما يشهد للحكم الذي تضمنته القاعدة،منها: ما ورد في صحيح البخاري في باب تفسير المشتبهات من حديث عدي بن حاتم قوله: قلت: يا رسول ا : أرسل كلبي وأسمي، فأجد معه على الصيد كلبا آخر لم أسم عليه، ولا أدري أيهما أخذ.قال: لا تأكل، إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر".[4]

ومن هذا القبيل قول عثمان بن عفان -رضي ا عنه – لما سئل عن جمع الأختين بملك اليمين فقال:" أحلتهما آية وحرمتهما آية ،والتحريم أحب إلي".

وفي رواية أخرى:" فبلغ ابن مسعود فقال: لا تجمعهما".[5]

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه باب فضل من استبرأ لدينه رقم 52 و مسلم في المساقاة: أخذ الحلال وترك الشبهات رقم 1599 .

[2] فتح المبين في شرح الأربعين لابن حجر الهيتمي 112- 113 .

[3] أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم 121 ، وقواعد الفقه للندوى: هامش ص 309.

[4] صحيح البخاري باب تفسير المشتبهات من كتاب البيوع رقم 2054.

[5] الدار قطني 201/3.و البيهقي:السنن الكبرى 164-165.

والمراد بالآية التي أحلتهما عموم قوله تعالى: " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ".النساء3 فعموم كلمة "ما" تدل على حل كل مملوكة سواء كانت مجتمعة مع أختها في الوطء أو لا، أما الآية التي حرمتها فقوله تعالى:" وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ".النساء 23 فتدل على حرمة الجمع بين الأختين سواء كان الجمع بالنكاح أو بطريق الوطء بملك اليمين.

تطبيقات القاعدة:

- إذا اشتبهت محرمة بأجنبيات محصورات لم يحل الزواج بإحداهن.
- إذا كان أحد أبويه مأكول اللحم والآخر غير مأكول اللحم لا يحل أكله على الأصح.
- لو رمى صيدا فوقع في ماء أو سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم للاحتمال أن يكون مات بالتردي أو بسقوطه في الماء..، بخلاف ما إذا وقع على الأرض ابتداء فإنه يحل لأنه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره.
- ومنها لو شارك الكلب المعلم غير المعلم، أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم ا تعالى عليه عمدا حرم.[1]
- ومنها منع التجارة في المحرمات من خمر ومخدرات وخنزير وآلات اللهو ولو أن فيها أرباحا اقتصادية.
- وهذه القاعدة ليست على إطلاقها بل مقيدة بما إذا لو يكن الحرام قليلا ويتعذّر تمييزه، فإنه حينئذ يغلب الحلال رحمة بالعباد ورفقا للمشقة عنهم ويتضح ذلك من خلال الأمثلة الآتية:

1. إذا اختلط إناء فيه نجاسة بآنية كثيرة طاهرة، فإنه يجوز التوضؤ بواحد منها.
2. إذا اختلط لحم ميتة بلحوم كثيرة مذكاة جاز الأكل من بعضها.
3. إذا اختلطت على رجل إحدى محارمه بنساء بلد، فله أن يتزوج من شاء منهن .

ومثلها ما جاء في أشباه ابن نجيم من فتاوى قاضي خان : صبية أرضعها قوم كثير من أهل قرية أقلهم أو أكثرهم لا يدري من أرضعها، وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها.

قال الفقيه أبو القاسم الصفّار:"إذا لم تظهر له علامة ولا يشهد أحد له بذلك يجوز

[1] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم 121- 122.

نكاحها، وهذا من باب الرخصة كيلا ينسد باب النّكاح".[1]

قال الروكي في التقعيد تعقيبا على هذه الأمثلة: " فهذه الأمثلة وأشباهها يغلّب فيها الحلال على الحرام عملا بالاستصحاب، فإذا انعكس الأمر وصار الحرام كثيرا رجعنا حينئذ إلى القاعدة وغلّبنا الحرام".[2]

2- الاستثناء: حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد.

أصل إباحة الصيد الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: "أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما".المائدة 96مع قوله: "وإذا حللتم فاصطادوا".المائدة 2

وفي جواز الصيد بالكلب المعلم قال تعالى: "يسألونك ماذا أحل لهم؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم ا فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم ا عليه".المائدة 4

أما السنة فروى أبو ثعلبة الخشني قال: أتيت رسول ا صلى ا عليه وسلم فقلت: يا رسول ا أنا بأرض صيد أصيد بقوسي وأصيد بكلبي المعلم الذي ليس بمعلم فأخبرني ماذا يصلح لي؟ قال:"أما ما ذكرت أنكم بأرض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم ا عليه فكل،وما صدت بكلبك المعلم وذكرت اسم ا عليه فكل،وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل".[3]

ومنه حديث عدي ابن حاتم الذي سيأتي.

كما أجمع أهل العلم على إباحة الاصطياد والأكل من الصيد.[4]

وللصيد شروط منها ما هي في الصائد، ومنها في المصيد ،ومنها في المصيد به، وليس مجال تفصيله هنا فينظر في مظانه في كتب الفروع.

والذي يهمنا هنا شروط الحيوان المصيد به، وهو الجارح فلا خلاف بين أهل العلم

---

[1] المرجع السابق ص 75 تحت قاعدة الأصل في الأبضاع التحريم.

[2] التقعيد الفقهي 562.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الذبائح و الصيد،باب صيد القوس،رقم5478.و مسلم برقم4983.

[4] المغني 3/11- 4.

في أن يكون معلّما لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة لكن اختلف في شرط أكل الكلب المعلم من الصيد.

فعند جمهور العلماء إن أكل الكلب المعلم من الصيد لم يحل صيده لحديث عدي:" إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم ا تعالى فكل مما امسك عليك". قلت :" و إن قتل"، قال: "و إن قتل إلا أن يأكل الكلب، فإن أكل فلا تأكل فإنّي أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه".[1]متفق عليه.

وقال مالك - وفي رواية للشافعي وأحمد - : يحل الصيد ولو أكل منه الكلب لعموم قوله تعالى: "فكلوا مما أمسكن عليكم"،وحديث أبي ثعلبة الخشني قال: قال رسول ا صلى ا عليه وسلم: "إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم ا عليه فكل وإن أكل".[2]

وما رواه في موطئه عن نافع عن ابن عمر رضي ا عنهما كان يقول في الكلب المعلم: "وإن أكل وإن لم يأكل".

وعن مالك أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي ا عنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد؟ فقال: "كل وإن تبق إلا بضعة واحدة".[3]

والمسألة التي بين أيدينا الخلاف فيها بين من يقول بحرمة ما أكل منه الكلب المعلم، فإذا أرسل على صيد كلب معلم فأكل من الصيد هل يؤكل هذا الصيد وما سبقه من صيود أم لا؟

لأن حكم ما سبق من الصيود الحل و ما أكل منه الحرمة - عند من يقول بحرمتها - فاجتمع حلال و حرام ،فذهب الإمام أبو حنيفة إلى تحريم ما أكل منه وما سبقه من صيود لتغليب الحرام على الحلال وفقا للقاعدة خلافا لصاحبيه.

قال في بداية المبتدي:" لو صاد صيودا ولم يأكل منها، ثم أكل من صيد، لا يؤكل هذا الصيد، أما الصيود التي أخذها من قبل فما ليس بمحرز بأن كان في المفازة ولم

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب الذبائح و الصيد،باب إذا أكل الكلب،رقم5483.و مسلم برقم4974 باب الصيد بالكلاب المعلمة.

[2] رواه أبو داود ح رقم 2857.

[3] مدونة الفقه المالكي وأدلته 234/2.

يظفر به صاحبه بعد تثبت فيه الحرمة بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما".

قال ابن عابدين:" والحاصل أن الإمام حكم بجهل الكلب مستندا، وهما بالاقتصار على ما أكل والأول أقرب إلى الاحتياط وهو الصحيح".

ووجه الصاحبين: أن الأكل لا يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة قد تنسى، وما أحرزه أمضى الحكم فيه و الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، لأن المقصود قد حصل بالإحراز بخلاف غير المحرز لعدم حصول المقصود فيه من كل وجه لبقائه صيدا من وجه فحرم احتياطا".[1]

وعليه فقد غلب الإمام أبو حنيفة الحرام وفقا للقاعدة لأن الكلب في صيده الأول هو بحكم المعلم وصيده في حين حكم بجهله في الصيد الذي أكل منه فغلب الحرام ،وكذا الصاحبان فيما لم يحرز بعد من الصيود غلب فيه الحرام احتياطا كما قال ابن عابدين.

أما الإمام الشافعي وأحمد رحمهما ا تعالى في أصح الروايتين و الأظهر من قولي الشافعي، أنه لا يؤكل ذلك الصيد الذي أكل منه، وأما الصيود التي صادها قبل الصيد الذي أكل منه فإنها تؤكل عندهما قولا واحدا.

جاء في المنهاج: "ولو ظهر كونه معلما ثم أكل من لحم صيد، لم يحل ذلك الصيد"[2]. و فيه إشارة إلى أنه لا يسري التحريم على ما اصطاده قبله و ذلك قوله"ذلك صيد".

وفي المجموع:" قال أصحابنا، ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل وهذا لا خلاف فيه عندنا".[3]وحجته في ذلك الاستصحاب.

قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول: "إن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة واحدة، لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين، ولم يحرم ما مضى من فريسته قولا واحدا، استصحابا للحل الثابت قبل الأكل، فإنه ثابت يقينا".[4]

---

[1] بداية المبتدي 176/8 و حاشية ابن عابدين 467/6.

[2] المنهاج 275/4.

[3] انظر المنهاج 275/4- 276، والمجموع 109/9.

[4] تخريج الفروع على الأصول 80.

وفي المذهب الحنبلي:قال ابن قدامة في الشرط الخامس:" أن لا يأكل من الصيد، فإن أكل منه لم يبح في أصح الروايتين، والرواية الثانية:يباح. قال: وإذا ثبت هذا فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده في قول أكثر أهل العلم. قال: لأن اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به، ولهذا حكمنا بحل صيده، فإذا وجد الأكل: احتمل أن يكون لنسيان، أو لفرط جوعه، أو نسي التعليم، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال.

كما استشهد بعموم الآية والأخبار وإنما خص منه -أي بالتحريم- ما أكل منه ففيما عداه يجب القضاء بالعموم".[1]

وعند المالكية فالمذهب أنه لا يحرم صيد المعلم وإن أكل منه فالصيود التي سبقت الصيد الذي أكل منه لا تحرم من باب أولى.

وعليه فقد حكم الأحناف بتغليب الحرام فيما اجتمع فيه حلال وحرام تماشيا مع القاعدة، واقتصر الجمهور على تحريم الصيد الذي هو موضوع الحرمة وعمل في الباقي باستصحاب أصل الحلية لأن الكلاب الذي صادها معلم بيقين فما صاده حلال بيقين ولا يحكم بحرمة إلا بدليل فكان القول بحلية ما اصطاده الكلاب قبل أكله من فريسته هو استثناء بالاستصحاب مما اجتمع فيه حلال وحرام.

---

[1] المغني9/11-10.

الفصل الثالث :

الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصالح المرسلة)

و فيه ما يلي:

تمهيد:

المبحث الأول:المصالح المرسلة:تعريفها،أقسامها،حجيتها،شروط الأخذ بها

المبحث الثاني : مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصلحة المرسلة

تمهيد:

إن الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية والذي أجمع عليه فقهاء المسلمين هو اعتبار مصالح الناس في الدارين وأن جملة الفقه الإسلامي قائم على جلب المصالح ودرء الفاسد فما كان مصلحة فهو مطلوب ومرغب فيه، وكل ما هو مضرة نهى عنه الشرع وتضافرت الأدلة على منعه. والمطلع على نصوص الشريعة الإسلامية من

كتاب، وسنة، وفتاوى الصحابة، وجملة القواعد العامة للتشريع، يرى بوضوح سعى الشارع الحكيم في تحصيل مصالح العباد عاجلة و آجلة مما يوفر لهم السعادة الحقيقية في الدارين.غير أن الخلاف بين المجتهدين واقع في المسائل التي لا نص فيها و يريدون إقامة حكم شرعي فيها على أساس المصلحة من غير قياس على مسألة منصوص عليها.

المبحث الأول:

المطلب الأول : تعريف المصلحة :

أ- تعريف المصلحة لغة:

المصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع أو هي اسم للواحدة من المصالح،و قد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال :"و المصلحة الصلاح،و المصلحة واحدة المصالح،فكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل، كاستحصال الفوائد و اللذائذ أو بالدفع والاتقاء، كاستبعاد المضار والالأم، فهو جدير بأن يسمى مصلحة.

ب- تعريف المصلحة اصطلاحا :

المصلحة: "هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم و نسلهم،وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها".

والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها،و دفع الألم،أو ما كان وسيلة إليه.أوهي:اللذة تحصيلا أو إبقاء.فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها.[1]

وقد سماها بعض الأصوليين بالمصالح المرسلة ، و بعضهم بالمناسب المرسل وعرفه الأصوليون بأنه: وصف مناسب للحكم لم يعلم من الشارع اعتباره كما لم يعلم عنه إلغاؤه".[2]

المطلب الثاني : أقسام المصالح:

والباحث إذا نظر إلى المصالح من ناحية اعتبار الشارع لها وجدها على ثلاثة أنواع:

الأول: مصالح اعتبرها الشارع وقام الدليل على رعايتها:

وهي ثلاثة:

---

[1] ضوابط المصلحة 27 ،و انظر: المحصول للرازي 434/2.

[2] أصول الفقه لأبي النور زهير 183/4.

1. مصالح ضرورية "الضروريات".

2. مصالح حاجية "الحاجيات".

3. مصالح تحسينية "التحسينيات".

<u>المصالح الضرورية:</u> وهي التي يتوقف عليها قيام مصالح الناس في حياتهم الدينية والدنيوية، وإذا اختلت لم يستقم أمر هذه الحياة وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال. لذا أمر الشارع بإقامتها والحفاظ عليها.

فشرع لحفظ الدين: الإيمان، وشرع العبادات، والجهاد للذود عنه وعقوبة المبتدعين.

ولحفظ النفس: أبيح كل ما تتوقف عليه لقاء الحياة من أكل وشرب وصون الأبدان وشرع عقوبة الدية والقصاص لدرء مفسدة قتل النّفس.

وكذا لحفظ العقل ما شرع لحفظ النفس وحرم ما يذهب العقل من مسكرات وعاقب عليها بالحد ولحفظ النفس شرع النكاح وما يتبعه من أحكام تضبط هذه العلاقة وحرم الزنا وعاقب عليه.

ولحفظ المال: أصل المعاملات بأنواعها وشرع العقوبات والتضمينات زاجر للعدوان وصيانة لحقوق الناس.

<u>المصالح الحاجية: الحاجيات:</u> وهي ما شرع لرفع الحرج والتوسعة في تحصيل المصالح الضرورية. فلو فاتت لم يضطرب نظام الحياة كما قلنا عن الضروريات لكن يقع الناس في ضيق ومشقة كتشريع الرخص بأنواعها في العبادات والمعاملات : كالفطر و السلم والقصر والتمتع بالطيبات بما زاد على أصل الطعام الذي يقيم به حياته، وشرع المهر،وتوفير الشهود...

<u>التحسينيات : أو المصالح التحسينية:</u> وهي- كما تدل عليها تسميتها- ما يكون من قبيل محاسن العادات، وسمو الأخلاق من آداب، و مجانبة ما استقذر وستر العورات وما شابه مما يمكن الاستغناء عنه، فقد يقوم دونها الحياة ودون حرج ولكنه مما قد تقتضيه الاعتبارات الأدبية والمعنوية ولابد من الملاحظة هنا أن من الأحكام التحسينية ما يكون مندوبا إليه كالآداب ويمكن أيضا أن يكون من الواجبات، كستر العورات.

وهذه الأحكام مرتبة يكمل بعضها بعضا، فالضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينيات وما يكملها.

الثاني: مصالح لم يعتبرها الشارع:

بل قام الدليل على إلغائها وعدم اعتبارها، وهذا النوع مردود لا سبيل لقبوله، ولا خلاف في إهماله بين المسلمين:

كالانتحار مثلا فقد يجلب لصاحبه منفعة يتوقعها من التخلص من ألم مرض أو حرمان يعانيه، لكن الشارع لم يعتبر هذا النوع من المصالح بل نص على إلغائه في حكم كتابه وسنة رسوله فقال تعالى: "ولا تقتلوا أنفسكم، إن ا كان بكم رحيما، ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على ا يسيرا" النساء29-30 .وقد قال رسول ا صلى ا عليه وسلم في رجل كثرت عليه جراحه، فانتزع سهما من كنانته فانتحر بها فقال عليه الصلاة والسلام: "أما إنه من أهل النار".[1]

أو ما يدعى من مصلحة اقتصاد البلد في تضييع الخمور والتعامل بها وقد أشار ا تعالى إلى تلك المصلحة الموهومة فقال: "يسألونك عن الخمر و الميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس" ثم يقول: "وإثمهما أكبر من نفعهما" ثم نص القرآن على إلغاء هذه المصلحة فقال:" يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون". المائدة90([2])

ثالثا: المصالح المرسلة:

وهي التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها.

وحقيقتها: كل منفعة داخلة في مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء، فإذا حدثت واقعة لم نجد لها من الشرع حكما، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيه أمر مناسب لتشريع حكم من شأنه أن يدفع ضررا أو يحقق نفعا، فهذا الأمر المناسب يسمى: المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة. ووجه أنه مصلحة: هو بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع ،وإنما سميت مرسلة لأن الشارع أطلقها، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء.

وليس معنى هذا الكلام أن المصلحة المرسلة مجردة عن أي دليل تستند إليه أو مجردة عن أي دليل يلغيها، بل لابد أن تكون مستندة إلى دليل ما، قد اعتبره الشارع،

---

[1] أخرجه البخاري 154/8

[2] انظر : أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء 34.

غير أنه دليل لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها، وإنما يتناول الجنس البعيد لها، كجنس حفظ الأرواح والعقول، والأنساب وأن لا يعارضها نص أو قياس صحيح لأن هذا شاهد على إلغائه، فبطل أن يكون مرسلا.

و إن لم يختلف الفقهاء في تحديد المراد من المصلحة ، و أنها المحافظة على مقصود الشارع فإنهم قد اختلفوا في شروط اعتبارها، و كان ذلك الخلاف مصدرا للخلاف في الاستصلاح،فقال بالاستصلاح بعض رجال المذاهب و بنوا عليها الأحكام و رفضه آخرون ، وهذا ما سنبينه فيما يلي.[1]

المطلب الثالث : حجية المصالح المرسلة وموقف المذاهب منها:

تكاد كلمة الأصوليين تلتقي على أن القول بالاستصلاح أمر مختلف فيه وأن الراجح من الآراء أنه لا يصلح الاستدلال به، إذ لا دليل على اعتباره، وأنه لم يذهب إلى القول به إلا الإمام مالك رحمه ا .

يقول الإمام الشاطبي في الاعتصام:" إن القول بالمصالح المرسلة ليس متفقا عليه، بل قد اختلف فيه أهل الأصول على أربعة أقوال:

أ. ذهب القاضي وطائفة من الأصوليين إلى رده، وأن المعنى لا يعتبر ما لم يستند إلى الأصل.

ب. وذهب مالك إلى اعتبار ذلك وبنى الأحكام عليه على الإطلاق وكذا اشتهر عن الحنابلة.

ج. وذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح لكن بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة، هذا ما حكى الإمام الجويني.

د. وذهب الغزالي إلى أن المناسب إن وقع في رتبة التحسين والتزيين لم يعتبر حتى يشهد له أصل معين.و إن وقع في رتبة الضروري فميله إلى قبوله لكن بشرط. قال: ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، واختلف قوله في الرتبة المتوسطة وهي رتبة الحاجي فرده في المستصفى وهو آخر قوليه، وقبله في شفاء الغليل كما قبل ما قبله".[2]

---

[1] انظر :المصدر السابق و المدخل الفقهي للزرقا:293/1.

[2] الاعتصام 111/2- 112.

وهذا الذي ذكره الشاطبي - رحمه ا -لم ألمسه في ما انقله هنا عن الغزالي في المستصفى عن المصلحة إذ يقول: "كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود الشرع فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطّرحة، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجا عن هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياسا، بل مصلحة مرسلة، إذ القياس أصل معين، وكون هذه المعاني مقصودة عرف لا بدليل واحد بل بأدلة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال، وتفاريق الأمارات فسمي لذلك مصلحة مرسلة.

وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة".[1]

وهذه الاعتبارات التي ذكرها الإمام الغزالي هي في الحقيقة ما يستند إليه القائلون بالمصلحة وإن اختلفت العبارة ولم يعمل من يقولون بالمصلحة بهذا الأصل بدون ضوابط كما سيأتي.

أما من ذهب إلى عدم الاحتجاج بها فوجه قولهم أن المناسب المرسل متردد بين المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة، ولا مرجح لاعتباره على إلغائه فلا يكون حجة في إثبات الأحكام الشرعية، لأن الأصل براءة الذّمة حتى يقوم الدليل على شغلها.

لكن و إن ضيق الشافعية على أنفسهم من جهة و لم يعتبروا المصلحة ما لم يأت بها النص،أو تحمل على النص بالقياس،غير أنهم وسعوا عليها من جهة ثانية و اعتبروا كل مصلحة لم يأت بها للنص و لكن شهد الشرع باعتبارها راجعة إلى القياس و بذلك وسعوا دائرة القياس إذ ادخلوا كثيرا من مسائل الاستحسان و الاستصلاح في مسائل القياس.و لذلك رفضوا الاستصلاح و الأخذ بالمصالح المرسلة كما رفضوا الاستحسان ،بل اعتبروا كل ذلك استحسانا ،و قالوا ليس للمجتهد أن يشرع ،و من استحسن فقد شرع.

أما الأحناف فإنهم و إن لم ينقل عنهم القول بالاستصلاح فقد قالوا بالاستحسان و الاستحسان كما عرفنا من قبل هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها،و الخروج عن

---

[1] المستصفى 429/1- 430.

القواعد العامة إلى الاستثناء لوجه أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة،فالأحناف إذا إذ أخذوا بالاستحسان فقد قالوا بالخروج عن النظائر و عن القواعد العامة لضرورة المصلحة، و من قال بذلك فقد قال من باب أولى بالأخذ بالمصلحة إذا لم يكن هناك نظائر تعارضها ، و لا قواعد عامة تناقضها،فالأخذ بالمصلحة حينئذ مقصود بالشرع و يجب المحافظة عليها .و هذا مما لا يجوز أن يكون فيه خلاف و على هذا ليس من الموافق للحقيقة و الواقع بأن الأحناف لم يأخذوا بالمصالح المرسلة.[1]

و ما سنعرضه من فروع فقهية يؤكد هذا فإذا رجعنا إلى تتبع فقه المذاهب واجتهاداتهم في مراجعها الأصلية رأينا أنهم جميعا كانوا يبنون أحكامهم الاجتهادية على وفق المصلحة المرسلة وإن لم ينصوا على هذا الاصطلاح فالشافعي الذي لم يعد الاستصلاح دليلا مستقلا من أصوله بل شدد النكير على من يحكم بغير خبر لازم من كتاب ثم سنة، أو ما قاله أهل العلم غير مختلفين فيه أو قياس على بعض هذا.[2]

نجد من فقه ما يدل على أنه تجاوز هذه الأصول الثلاثة وعمل بالمصلحة المرسلة وإن لم يسمها.

جاء في الأم:

"إن الرجوع عن الشهادة ضربان فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه، أو ينال مثل قطع أو جلد أو قصاص في قتل أو جرح، وفعل به ذلك، ثم رجعوا فقالوا: عمدنا أن ينال به ذلك منه بشهادتنا فهي كالجناية عليه، ما كان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص أو يأخذ العقل، وما لم يكن فيه قصاص أخذ فيه العقل وعزروا دون الحد".[3]

فالقول بهذا لا يعتمد على دلالة نص من كتاب أو سنة، إذ ليس في شيء منهما مما دل على شرعة القصاص، ما يدل على أن الشهود يقتص منهم إذا رجعوا عن شهادتهم بل إن نيل من المشهود عليه بسببها، وإنما هو استصلاح يعتمد ما تقتضيه مصلحة

---

[1] انظر المدخل الفقهي للزرقا 295/1-297.

[2] أنظر الأم في باب إبطال الاستحسان.

[3] أنظر ضوابط المصلحة 378- 380.

حقن الدماء وصونها من غائلة المكر والأحقاد وهو ملائم لشرعة القصاص.[1]

قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول:

"ذهب الشافعي -رضي ا عنه- إلى التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع -وإن لم تكن إلى الجزئيات الخاصة- جائز". وذكر أمثلة على هذا ثم قال:" واحتج في ذلك: بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية ،والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي، وإن لم يستند إلى أصل جزئي".[2]

وعند الحنفية فقد ذهبوا إلى أنّه لا تغريب على البكر الزاني ومما استدلوا به لقولهم هذا: أن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة، ولأنها قد تحتاج إلى المأكل والمشرب والملبس فتتخذ زناها مكسبة، وهذا الاستدلال منهم التفات إلى المصلحة واعتبارها.

وفي الدر المختار:

"إذا أخذ الساحر أو الزنديق المعروف الداعي قبل توبته، ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل".[3]

وهو نفس الحكم على ما بناه المالكية على المصلحة المرسلة.

وقد قالوا كالمالكية، بالاستصناع وبتضمين الصناع تارة تحت مصطلح الاستحسان وتارة اعتمادا على العرف.

أما الحنابلة فعلى الرغم من أن أتباعه لم ينصوا على اسم المصالح المرسلة ضمن أصولهم إلا أن كتب الفروع لديهم لا تخلوا من الاعتماد عليها في بناء الأحكام، فمما نقله ابن القيم عن الإمام أحمد من رواية المروزي وابن منصور أنه قال:"والمخنث ينفى لأنه لا يقع منه إلا الفساد، والتعرض له، وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فيه فساد أهله وإن

---

[1] المصدر السابق.

[2] تخريج الفروع على الأصول 169- 171.

[3] الدر المختار 458/3.

خاف به عليهم حبسه".

و فيمن طعن في الصحابة نص الإمام أحمد :"أنه وجب على السلطان عقوبته، وليس للسلطان أن يعفو عنه،بل يعاقبه ويستتيبه فإن تاب وإلا أعاد العقوبة".[1]

هذه بعض النقول من فقه أئمة المذاهب تبين اعتماد الجميع على الاستصلاح على وجه الإجمال وإن كانوا يختلفون في مدى الاعتماد عليه أو تحت مسميات أخرى كما ذكرنا.

و أذكر هنا ما قاله الإمام القرافي في هذا المجال:" أما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكن تجدهم عند التفريع يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة".[2]

هذا،وعلى الرغم مما أثبتناه من اعتماد الأئمة على المصالح المرسلة دليلا في اجتهاداتهم في الفروع فقد اختلفت آراؤهم في أحكام بعض المسائل المصلحية ،و قد يبدو للناظر أن سبب الخلاف هو الأخذ بالمصلحة المرسلة بالاعتبار أو عدمه ، و الحقيقة أن الأمر ليس كذلك فالخلاف ناتج عن أسباب أخرى تتمثل غالبا في اختلافهم في تحقيق المناط ، أي مصدر خلافهم في جلاء المصلحة المرسلة في هذه الفروع فقد يرى بعضهم أنها تتحقق في فرع ما فيستصلح بموجبها و يبني الحكم عليها في حين يرى البعض الآخر أن تلك المصلحة غير وافية الشروط أو أن مصلحة أخرى تعارضها و أن أصلا آخر من أصول الشريعة يصادمها فيحجم عن الأخذ بها و بناء الحكم عليها رغم اتفاقهم على مبدأ الأخذ بالمصلحة المرسلة.

و لعل هذا أهم العوامل الذي يخيل للباحث أن الأئمة مختلفون في أمر المصالح المرسلة.

دليل حجية الاستصلاح:

استدل القائلون بالاستصلاح بما يلي:

1.الاستقراء:ثبت بالاستقراء أن أحكام الشرع روعي فيها الأخذ بمصالح العباد لجلب

---

[1] إعلام الموقعين 377/4- 378.

[2] تنقيح الفصول 144/1.

النفع لهم و دفع الضرر عنهم و الأدلة على ذلك لا حصر لها و عليه يكون الشارع قد اعتبر جنس المصالح في جنس الأحكام ، و اعتبار جنس المصالح يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة المتنازع فيها – و هي المصالح المرسلة – لكونها فردا منأفراد المصالح و العمل بالظن واجب إجماعا فينتج أن العمل بالمصلحة المرسلة واجب.[1]

2.إجماع الصحابة: و بيانه أن الصحابة رضوان ا عليهم كانوا يفتون في كثير من الوقائع بمجرد اشتمالها على مصلحة راجحة دون أن يتقيدوا بمراعاة قيام شاهد معين على اعتبار تلك المصلحة و لم ينكر عليهم في ذلك أحد ، فكان ذلك إجماعا منهم على اعتبار المصلحة و من المعلوم أن إجماعهم حجة يجب العمل بها.

من ذلك ما فعله سيدنا أبو بكر رضي ا عنه من جمعه القرآن للكريم من صحف متفرقة في مصحف واحد رعاية لمصلحة حفظ كتاب ا و ذهاب تواتره بموت حفاظه ، و من محاربته لمانعي الزكاة ، و استخلافه عمر بن الخطاب رضي ا عنه مع أن الرسول صلى ا عليه و سلم انتقل إلى الرفيق الأعلى و لم يستخلف.

و ما فعله سيدنا عمر بن الخطاب من إبطال سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات لعدم الحاجة لذلك بعد أن عز الإسلام، و إسقاط حد السرقة عام المجاعة مع ثبوتهما بالنص،و تدوين الدواوين و اتخاذ السجون .

و كتابة سيدنا عثمان المصحف على حرف واحد ، و اتفاق الصحابة على تضمين الصناع، إلى غير ذلك من الوقائع التي اعتمد فيها الصحابة على مجرد المصلحة المرسلة دون أن يتقدم في شأنها أمر أو نظير.

3.حديث معاذ بن جبل رضي ا عنه: لما بعثه رسول ا صلى ا عليه و سلم إلى اليمن قاضيا و قوله لرسول ا صلى ا عليه و سلم حين سأله:فإن لم تجد في كتاب ا و لا سنة رسوله ؟ قال :أجتهد رأيي و لا آلو ،فضرب رسول ا صلى ا عليه و سلم و قال:الحمد الذي وفق رسول رسول ا لما يرضي ا و رسوله.[2]

وجه الدلالة من الحديث أن رسول ا صلى ا عليه و سلم أقر معاذا على اجتهاد الرأي و أثنى عليه،و ما اتباع قضية النظر في المصلحة إلا وجه من وجوه الاجتهاد

[1] انظر: شرح الإسنوي على ا نهاج 394/4 ،الوسيط أصول الفقه للزحيلي508.

[2] الحديث سبق تخريجه.

بالرأي.[1]

4.المعقول:لو لم نعتبر المصلحة المرسلة،و اقتصرنا في أدلة الأحكام على النصوص و الأقيسة للزم خلو بعض الوقائع من الأحكام ،لأن النصوص و ما عمل عليها من أقيسة محدودة محصورة و الوقائع متعددة و ما تتضمنه من مصالح غير محدودة إذ الحياة في تطور مستمر، و أساليب الناس للوصول إلى مصالحهم تتغير في كل زمان و بيئة ، و غير المحصور لا يفي به المحصور فلو اقتصرنا على الأحكام المبنية على نص الشارع لتعطلت مصالح الناس بل لتوقف التشريع عن مسايرة الزمن و هذا غير واقع رغم طول المدة و كثرة الوقائع من لدن عصر الصحابة و التابعين و الأئمة السابقين ،فلم تخلو واقعة من حكم شرعي على كثرة المسائل و ازدحام الأقضية و الفتاوى و قد أشار إلى هذا الإمام الشافعي رحمه ا فيما نقله عنه إمام الحرمين فقال:"إنا نعلم قطعا أنه لا يجوز أن تخلو واقعة عن حكم ا تعالى معزو إلى شريعة محمد صلى ا عليه و سلم ".[2]

إن خلو بعض الوقائع عن الأحكام يؤدي إلى لحوق الضرر العظيم بالعباد و وقوعهم في حرج و ضيق و ا تعالى يقول "و ما جعل عليكم في الدين من حرج"الحج78.

المطلب الرابع : شروط الأخذ بالمصلحة:

اتفق العلماء على أن العمل بالمصالح المرسلة لا يكون في قسم العبادات لأن الأصل في هذا النوع من التكاليف التعبد فالنصوص فيه غير معللة وأنه لا يلتفت فيها إلى البواعث والغايات التي من أجلها شرعت إنما الواجب على المسلمين الإيمان بأن هذه التكليفات تنظم علاقة الإنسان بربه وإنها في مصلحة الإنسان، والوقوف فيها على النصوص بخلاف قسم العادات: الذي يضبط معاملة بني الإنسان مع بعضهم فإنها مبنية على الالتفات إلى المعاني والبواعث والتشريع فيها يدور مع رعاية مصالح الناس في الدين والتي تتفق مع مقاصد الشرع.

يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى بعد ذكره عدم التفات مالك رحمه ا إلى

---

[1] انظر المنخول ص358.

[2] البرهان للجويني 261. و انظر:الأصول التي اشتهر بها إمام دار الهجرة 233 و ما بعدها.

المعاني في العبادات:

" بخلاف قسم العادات - الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول- فإنه استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية – نعم، مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلا من أصوله..."[1]

نستنتج من خلال كلامه أن المالكية إنما عملوا بالمصالح المرسلة بشروط:

اشترط المالكية شروطا ثلاثة للعمل بالمصالح المرسلة احتياطا للاحتجاج بها حتى لا تكون بابا للتشريع بالهوى والتشهي:

1- أن تكون المصلحة حقيقية أي ملائمة لمقاصد الشرع تجلب نفعا وتدفع ضررا محققين وأن تكون من جنس هذه المقاصد وإن لم يشهد لها دليل خاص.

2- أن تكون مصلحة عامة وليست مصلحة فردية أو طائفة معينة لأن أحكام الشريعة موضوعة لجميع الناس.

3- أن لا يعارض التشريع لهذه المصلحة حكما ثبت بالنص أو الإجماع أو أي دليل قطعي فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنت في الإرث لأن هذه المصلحة ملغاة لمعارضتها نص القرآن .

ومن هذا القبيل عدم صحة الفتوى التي أفتى بها يحيى الليثي فقيه الأندلس وتلميذ الإمام مالك أحد ملوك الأندلس أفطر عمدا في رمضان فقال: لا كفارة لإفطاره إلا أن يصوم شهرين متتابعين مع أن عتق الرقبة مقدم على صيام شهرين متتابعين عند الجمهور، وعلى التخيير عند المالكية بين الإعتاق، وصيام شهرين، و إطعام ستين مسكينا، بلا تفريق بين ملك وفقير، فلما سئل قال: لو فتحنا له هذا الباب لسهل عليه أن يباشر كل يوم ويعتق رقبة ولكن حملته على أصعب الأمور. فهذه الفتوى التي برأيه أقامها على المصلحة لا يقصد بها لأنها ملغاة، لكونها تعارض نصا صريحا في تشريع ما يليق بحالة كل من يفطر عامدا في رمضان.[2]

وبهذا يتبين أن المصلحة بضوابطها التي وضعها العلماء ليست أصلا مبنيا على الأهواء والشهوات، بل أصل شرعي ثابت استند إليه العلماء قديما تحت مسميات

---

[1] الاعتصام2/132-133.

[2] أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف 87.

مختلفة وهي من الأصول التي تؤكد أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، لأن مصالح الناس متجددة دوما وقد رعاها الشارع في كل زمن وفي أي بيئة أما أن يجعل شاهد لها في الشرع بنصوصه الثابتة وإما بمجموع النصوص والأدلة الكلية التي أطلق عليها العلماء "الاستدلال بالمرسل" أو المصلحة المرسلة التي دل عليها إعمال هذه النصوص ومجموع الأدلة التي يراعى فيها مقصود الشارع.

يقول ابن القيم في هذا المعنى:

" من المسلمين من فرطوا في رعاية المصلحة المرسلة فجعلوا الشريعة قاصرة، لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها، وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من طرق الحق والعدل".[1]

ولا شك أن العمل بالمصالح المرسلة بضوابطها وفق منهاجها الصحيح يجعل الشريعة الإسلامية خصبة مثرية منتجة مشبعة بحاجات الناس في كل عصر و في أي مكان متجددة مع تجدد النوازل مستجيبة لمتطلبات كل عصر بما يصلح أمر الناس لأن حاجات الناس لا تتوقف خاصة في عصرنا و تعقد الحياة فيه فإذا خاض فيها الناس خارج موازين الشرع فسدت دنياهم و أخراهم.

---

[1] إعلام الموقعين 7/3.

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في **الاستثناء بسبب المصلحة المرسلة**

المطلب الأول : المثال الأول : قاعدة " الأجر والضمان لا يجتمعان".

1- شرح القاعدة:

الأجر: أي بدل المنفعة وهو العوض ،ومنه سمي الثواب أجرا لأن ا يعوض العبد على طاعته أو صبره على مصيبته.

الضمان: الغرامة المترتبة لقيمة الشيء أو نقصانه.

لا يجتمعان: أي إذا اتحدت جهتهما، في محل واحد ومن أجل سبب واحد، لأن الضمان يقتضي التملك ،والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدمه، وبينهما منافاة والضمان أن يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، والأجير إنما قبض بإذن المالك، والعين في يده أمانة، فلا يمكن والحال هذه اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد لتنافي الحالتين.[1]

مثلا: لو غصب رجل بعير آخر واستعمله حتى هزل وطرأ على قيمته نقصان فضمن لصاحبه نقصان قيمته، لا أجر عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان ،لأنه بمجرد صيرورة اليد على الشيء يد ضمان، لا تجب فيه الأجرة، وإن لم يتحقق الضمان بعد بالفعل، فلو استعمل أحد مالا بدون إذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب ،لا

---

[1] شرح القواعد للزرقا 431.

يلزمه أداء منافعه، أعني أجر المثل، لأنه لو هلك لهلك في ضمانه، فلا يلزمه أجرة إلا في مال الوقف واليتيم، وإلا في المعد للاستغلال إذا لم يكن بتأويل ملك أو عقد.[1]

ولو استأجر أرضا على أن يزرعها حنطة فزرعها شيئا آخر يضر بالأرض.

فإذا ضمن نقصان الأرض فلا أجرة عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.[2]

قيدنا باتحاد الجهة أو السبب لأنه يجوز اجتماع الأجر والضمان عند اختلاف الجهة أو السبب وذلك كما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم بر مثلا فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت، فإذا كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله، وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصبا.

ومثله لو استأجرها إلى مكان ثم جاوز بها إلى أبعد منه، فإن تلفت في ذهابه أو إيابه يلزمه ضمان القيمة أو النقصان للتعدي ،والأجرة أيضا لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها و يده عليها يد أمانة وبتجاوزه انقلبت يد غصب فعليه الضمان فسبب لزوم الأجرة استيفاء المنفعة، وسبب الضمان التعدي.[3]

2- الاستثناء : تضمين الصناع.

الصانع: هو الأجير المشترك وهو صاحب الصنعة يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ولا يستحق الأجر إلا بالعمل.

والأجير على ضربين، خاص ومشترك.

فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.

والمشترك: الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين سمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد

---

[1] هذا في الفقه الحنفي و له اتصال وثيق لنظرتهم المشهورة في عدم ضمان الغاصب منافع المغصوب .أما في المذاهب الأخرى فإن المستأجر في هذا المثال يلتزم بأجر المثل عن المنافع التي استوفاها بلا حق بحسب المدة و يضمن فوق ذلك قيمة الأصل يوم الهلاك إذا هلك.انظر:المغني:402/5.

[2] شرح المجلة للآتاسي: المادة رقم 86 ص 243.

[3] أنظر شرح المجلة 244.

ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته فالأجير المشترك هو الصانع.[1]

ولا خلاف بين الأئمة في أن الأجير الخاص ليس بضامن لما هلك في يده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى، فإذا تعدى فلا خلاف أيضا أنه ضامن بتعديه.

وبهذا يكون الأجير فردا من أفراد القاعدة إذ لا ضمان عليه ولأنهم مؤتمنون، لكن من العلماء من استثنى الأجير المشترك، فرغم أن يده على ما استؤجر عليه يد أمانة وأنه ينال أجرا على صنعته إلا أنهم قضوا بتضمينه لمصلحة الناس، وقد ذكر الشاطبي -رحمه ا -أن من الخلفاء الراشدين من قضى بذلك حتى أن الإمام علي-رضي ا عنه-قال:" لا يصلح الناس إلا ذاك".[2]

ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون الأمتعة في غالب الأحوال إلى جانب أنهم في الغالب مجهولو الصنعة والأمانة، ويغلب فيهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ذلك لأفضى الأمر إلى أحد شيئين إما إلى ترك الاستصناع بالكلية وإما أن يعملوا ولا يضمنوا شيئا فيفتح لهم بذلك باب الكذب والاحتيال واختلاس الأموال، ولذلك كانت المصلحة في التضمين، وهي مصلحة وإن كانت لا تستند إلى شاهد معين من الشرع إلا أنّها لا تعارض أيضا نصا أو دليلا ثابتا.[3]

وبهذا قال المالكية وأحمد رحمه ا .

قال ابن قدامة:

"الأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي وهو ضامن لما جنت يداه. وقال:" فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لها ضامن لما أفسد. نص أحمد على هذا في رواية ابن منصور".[4]

جاء في بداية المجتهد:

---

[1] المغني 117/6- 118.

[2] الاعتصام 292/2.روي القول به عن عمر و علي رضي ا عنهما و سكوت بقية الصحابة يعتبر إجماعا منهم على الحكم فكان الحكم فيه مستندا إلى إجماع الصحابة رضي ا عنهم.

[3] ضوابط المصلحة 310 .

[4] المغني 118/6.

" وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك: فقال مالك: يضمنون ما هلك عندهم"، ثم قال بعد استعراض باقي المذاهب: "ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة .ووجه هذه المصلحة أنّهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم وفي الناس حاجة شديدة إليهم، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم".[1]

ويضمن الصناع ما أصابته أيديهم أثناء الصنعة من كسر أو خرق أو قطع أو حرق أو فساد، كمن يريد أن يصلح نعلا فيخرقه، أو محرك سيارة فيكسره أو يفسد جزءا آخر منها فإنه يضمن ما يفسده . ويستثنى من ذلك الأعمال الدقيقة التي لا تخلو عادة من تغرير ومخاطرة فلا ضمان عليهم فيها، شرط أن يكونوا قد تناولوها على الوجه الصحيح ولم يعلم تعديلهم ولا تفريطهم وذلك مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص واحتراق الخبز والكعك من الفران فلا ضمان عليهم فيما فسد من ذلك دون تفريط، لأن صاحب السلعة داخل على احتمال الإصابة في مثل هذه الأشياء لدقتها واحتمال عدم السلامة دائما.

ومثله ضمان الطبيب والمعالج؛أما الطبيب فيعالج المريض بدواء أو جراحة فيموت من الدواء أو من الجراحة أو قلع ضرس أو كي، وكذا الختان يختن الصبي فيموت من الختان أو البيطار يعالج الحيوان، فيموت كل هؤلاء، لا ضمان عليهم فيما نتج عن فعلهم بشرطين:

1. أن يكون ذلك الفاعل من أهل المهنة المؤهل لها.
2. أن يتناول العمل على وجه صحيح دون خطأ أو تفريط.

أما إذا كان غير مؤهل له، أو تناوله على غير وجهه، أو أخطأ الدواء فعليه الضمان ويكون الضمان أو الدية على العاقلة إن كان فاعل الخطأ مؤهلا للعمل ويعلم من نفسه أنّه يؤديه على وجهه، إلاّ أن يكون أقل من ثلث الدية ففي ماله الخاص وإن كان المخطئ غير مؤهل للعمل أساسا، أو يعلم من نفسه أنّه لا يحسنه فعليه العقوبة والدية يتحملها في ماله وهو قول مالك، وقيل على العاقلة.[2]

---

[1] بداية المجتهد 232/2.

[2] مدونة الفقه المالكي وأدلته 530/3.

ويلزم الصناع وأصحاب المهن ضمان ما أتلفوه.

ولو اشترطوا عدم الضمان، وشرطهم غير نافع ويفسد العقد، وإذا أسقطوه صح العقد وترتب لهم أجر المثل، ولأن الأجر المسمى قد يكون أقل أو أكثر، وإنما رضوا به من أجل إسقاط الضمان عنهم.

ويكون الضمان بقيمة ما أفسده يوم دفع له إلا أن تكون قيمته يوم أتلفه أكثر من قيمته يوم دفع إليه، فتلزمه قيمته يوم التلف.

وإذا أنجز الصانع الصنعة فدعي ربها لأخذها فلم يأخذها وضاعت ضمنها الصانع إذا لم يقبض أجره ، فإن قبض أجره ودعاه لأخذها فلم يأخذها لا ضمان عليه ، لأنها تحولت عنده إلى أمانة، وخرجت من حكم الإجارة إلى الوديعة.[1]

وجاء في التاج والإكليل: أن الصناع ضامنون فقط لما غابوا عليه إذا ادعوا تلفه دون بينة لهم تشهد على صدقهم، فإن تلف شيء وصاحبه حاضر لم يغيبوا هم عليه بأن كان صاحب السلعة ملازما للصانع وقت الصنعة أو كانت السلعة في بيت صاحبها، أو غابوا عليه وكانت لهم بينة تشهد على صدقهم بأنه سرق أو احترق مثلا دون تفريط منهم فلا ضمان. هذا قول مالك . وقال أشهب: هم ضامنون ولو قامت لهم بينة على التلف سدا للذريعة: قال ابن رشد: وقول مالك أصح.[2]

و به قال بعض الحنابلة.

جاء في المغني:

" ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكّانيهما، قال: ولو دعا الرجل خبازا فخبز له في داره أو خياطا أو قصارا ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط لأنه مسلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص، قال :ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لأن رب المتاع لم يسلمه إليه. قال: ومذهب مالك والشافعي نحو هذا، قال أصحاب الشافعي: لو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن

---

[1] أنظر التاج والإكليل 431/5 والشرح الكبير 29/4.

[2] أنظر التاج والإكليل 430/5- 431.

لأن يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه
أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضرا عنده أو غائبا عنه".[1]

وذهب الشافعي وأبو حنيفة -وزفر من أصحابه- رحمهم ا تعالى إلى أنه لا يضمن إلا بالتعدي.

جاء في الأم:

" قال الربيع: الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ، ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الضياع".[2]

وقال في بداية المبتدي:

" الأجراء على ضربين: أجير مشترك، وأجير خاص، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ،والمتاع أمانة في يده، وإن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر".[3]

وحجتهم في ذلك القياس على الأجير الخاص والمودع، وذلك أن العين في يد كل منهما أمانة لأن القبض حصل بإذن المالك، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه، ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب.

جاء في الهداية:

" أن الضمان نوعان:

ضمان جبر: يجب بالتعدي والتفويت، ولم يوجد، لأن قطع يد المالك حصل بإذنه والحفظ لا يكون خيانة.

وضمان الشرط: يجب بالعقد ولم يوجد عقد موجب للضمان، فبقيت العين أمانة في يده فلا يضمن بالهلاك كالوديعة".[4]

واحتج الشافعي على قوله في الأم فقال:

---

[1] المغني 119/6- 120.

[2] الأم 284/3.

[3] بداية المبتدي 200/7- 201.

[4] الهداية 200/7- 205.

" الأجراء كلهم سواء، فإذا تلف في أيديهم شيء من جناية، فلا يجوز أن يقال إلا واحد من قولين.

أ. أن يكون من أخذ الكراء على شيء، كان له صامتا حتى يؤديه على السلامة أو يضمنه وعليه فالأمين هو من دفعت إليه راضيا بأمانته، لا معطى أجرا على شيء مما دفعت إليه، و إعطائي هذا الأجر، تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل.

ب. أو لا ضمان على أجير بحال، من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له أو أخذ على منفعة له فيه: إما بتسليط على إتلافه، كما يأخذ سلفا فيكون مالا من ماله، فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله، وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه.

والصانع والأجير: من كان ليس في هذا المعنى، فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده، كما يضمن المودع ما جنت يداه، وإذا ثبت هذا، فلا فرق بين أجير وأجير إلا بدليل ولا دليل على الفرق.قال: وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث من أحد أصحاب النبي صلى ا عليه وسلم، وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي ليس يثبت[1]ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولا، من التضمين أو ترك التضمين.

قال: وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا ضمان على صانع ولا عن أجير، فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع: فلا مسألة فيه فهم ضامنون، كما يضمن المستودع ما جنت يده، ولأن الجناية لا تبطل عن أحد، وكذلك لو تعدوا ضمنوا".[2]

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أنه ضامن لما هلك في يده، إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها، أما إذا لم يكن الاحتراز عنه، كالغرق والحريق الغالب فلا ضمان عليه.

وعمدتهم في ذلك الاستحسان فقد جاء في الهداية:

---

[1] وقد روى الشافعي هذا القول عن علي بن أبي طالب بسنده لكن لم يطمئن إلى ثبوت ذلك عنه رضي ا عنه ولا عن غيره. انظر:ضوابط المصلحة 310.

[2] الأم 261/3- 263.

" لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس، قال الزيلعي: وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم".[1]

ولا يخفى كما بينا في باب الاستحسان أن الأحناف يطلقون مصطلح الاستحسان على ما عدل به عن القياس لمصلحة أو ترك الدليل لمصلحة.

وحاصل القول في هذه المسألة استثناء الأجير المشترك من قاعدة: "الأجر والضمان لا يجتمعان".

أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان عدم التعدي، أما الآخرون فتقاربت أقوالهم في تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس وصيانة لأموالهم.

المطلب الثاني : المثال الثاني: قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ".

1 -شرح القاعدة:

الولاية: بالفتح معناها لغة: النصرة وبالكسر معناها: السلطة والتمكن.

وشرعا: نفاد التصرف على الغير شاء أم أبى.

وتكون خاصة وعامة:

الولاية الخاصة: هي سلطة شرعية يسوغ لصاحبها التصرف بالشيء محل الولاية تصرفا نافذا.[2]وهي في النفس والمال معا أو في المال فقط، وتقسيم ذلك على أربعة أضرب، قوية فيهما، وضعيفة فيهما وقوية في إحداهما ضعيفة في الأخرى.

أما القوية فيهما: فولاية الأب ثم الجد - أب الأب – و إن علا، فإنهما يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار والتصرف في أموالهم على ما عرف في النكاح والوصايا بشرط حرية، وتكليف، واتحاد في الدين.

الولاية الضعيفة فيهما: ولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب وكان هناك أقرب منه له ،فإنه يلي التصرف في نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة يتمكن بموجبها تأديبه، ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشتري له مالا بد منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

---

[1] الهداية 7/200- 205.

[2] شرح المجلة للآتاسي(م59)1/ 147،شرح القواعد للزرقا 311- 312 ،المدخل الفقهي لحجي الكردي 86-87.

الولاية القوية في النفس الضعيفة في المال: فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام فإنهم يملكون التصرف في نفس الصغير والمعتوه بشرط الكفاءة ومهر المثل ويملكون هم و أوصياؤهم شراء مالا بد منه للصغير وقبض الهبة والصدقة وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثا له من قبل موصيهم.[1]

أما القوية في المال الضعيفة في النفس: فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار فإنه يتصرف في مالهم تصرفا قويا، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كانوا في حجره من الأجانب.

أما ولاية المال فقط، فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير والغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة، إلا لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه عليه ولو كان حاضرا إذا امتنع عن وفاء الدين.[2]

أما الولاية العامة: وهي ولاية السلطان، والقاضي، والموظفين العامين نيابة عن المسلمين.

فولاية القاضي بالنسبة لمتولي الوقف، ووصي اليتيم، وولي الصغير ولاية عامة وأعم منها ولاية السلطان أو إمام المسلمين الإمام الأعظم.

وكلّما كانت الولاية المرتبة بالشيء أخص وأقوى مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده، فهي أقوى تأثيرا في ذلك الشيء مما فوقها في العموم، فتكون الولاية العامة كأنها انفكت عما خصصت له الولاية الخاصة، ولم يبق لها إلا الإشراف، فالقوة بحسب الخصوصية لا الرتبة.[3]

وهذه القاعدة تشير إلى ضابط الولاية وهو: إذا تعارضت ولاية عامة وولاية خاصة، كانت الولاية الخاصة هي الأقوى وهي المقدمة، وكذلك فإن الولاية الخاصة أوسع صلاحية في التصرفات من الولاية العامة. وعليه:

- إذا اختلف في زواج الصغير الولي والقاضي قدم الولي لقوة ولايته وكذلك التصرف في المال.

---

[1] شرح القواعد للزرقا 312.

[2] شرح القواعد للزرقا 312.

[3] شرح المجلة للآتاسي 1/ 147.

- وإذا أذنت الفتاة البالغة لأبيها بتزويجها من غير الكفء فزوجها جاز ولزم .فإذا أذنت للقاضي بذلك لم يلزم لأن القاضي لا يملك ذلك بخلاف الولي حفاظا على حقه.
- لولي الدم أن يعفو عن القاتل المتعمد فيسقط القصاص بذلك وليس للقاضي أن يعفو عن القاتل إذا لم يكن للقتيل ولي دم، ولكن يقتص أو يصالح.

2-الاستثناء: تطليق القاضي على المولي.

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات تكون الولاية العامة فيها أقوى من الولاية الخاصة، وذلك لأدلة خاصة، من ذلك:

1. الإقراض من مال القاصر، فإن للقاضي أن يقرض من مال القاصر لمن شاء وليس للوصي ذلك، وذلك لأن القاضي قادر على تحصيل الدين لشوكته وليس الوصي كذلك.
2. للقاضي إيجار عقار الوقف مدة طويلة، وكذلك عقار القاصر، وليس للولي ولا للناظر إيجار عقار الوقف أكثر من سنة إن كان مسكنا، وثلاث سنوات إذا كان أرضا زراعية، وذلك خشية أن يظن بالمستأجر ملكيته للعقار المستأجر مما تفوت معه مصلحة الوقف وذلك غير وارد في حق الإمام والقاضي لشوكتهما.[1]

ملاحظة: على أن هذه القاعدة مضبوطة بقاعدة عامة مشهورة أيضا: أن تصرف القاضي على الرعية منوط بالمصلحة".

وبناء على هذه القاعدة فقد أجاز الفقهاء للقاضي أن يطلق عن المولي إذا أبى الفيء أو الطلاق دفعا للضرر عن الزوجة استثناء من الأصل الذي جعل الطلاق بيد الزوج فهو الذي خول له الشرع السلطة في رفع أو حل النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظه المخصوصة وفق شروطه المعروفة، فسلطته في الطلاق الخاصة وسلطة القاضي عامة وقدمت هنا سلطة القاضي العامة على سلطة الزوج التي هي خاصة وأقوى بناء على المصلحة إذ الشرع جاء برفع الضرر على المكلف، والزوج إذا أبي الفيئة أو التطليق كان هذا إضرارا بالزوجة ولا يرفع هذا الضرر إلا بالتطليق على الزوج، وللقاضي في هذه الحالة السلطة في التصرف بمقتضى المصلحة.

---

[1] المدخل الفقهي 88.

تفصيل مسألة تطليق القاضي على المولي:

معنى الإيلاء :

الإيلاء و التألي: الحلف والقسم، ومنه قوله تعالى: "ولا يأتل أولوا الفضل والسعة أن يؤتوا أولي القربى" النور22 وفي الحديث: "أين المتألي على الله لا يفعل المعروف".[1] قاله -صلى الله عليه وسلم- حين سمع صوت خصم بالباب يستوضح أحدهما الآخر، و يسترفقه في شيء وهو يقول: والله لا أفعل، والله لا أفعل.

و الإيلاء في الشرع: "حلف الزوج المكلف القادر على الوطء عادة، على ترك وطء زوجته مدة تزيد على أربعة أشهر لقصد الإضرار".

ويكون الإيلاء بكل لفظ يدل على امتناع الرجل من وطء زوجته مصحوبا بيمين سواء كان اللفظ الدال على امتناع الوطء صريحا، مثل لفظ: "لا أطأها ولا أجامعها، أو ضمنا مثل: لا أغتسل منها من جنابة .وسواء كان اليمين بالله أو بصفة من صفاته، أو كان بطلاق أو صدقة، مثل صيغ التعليق والنذر، فإن الفقهاء يسمونها يمينا،كأن يقول الزوج: إن وطئها فعليه صيام كذا، أو صدقة بألف دينار أو زوجته طالق...الخ. والمدة كذلك قد تكون صريحة في مدة الإيلاء، مثل الحلف على ألا يقربها خمسة شهور أو أزيد، وقد تكون غير صريحة كأن يحلف ألا يطأها حتى يرجع فلان من سفره، فيكون موليا إذا لم يقدم فلان قبل أربعة أشهر، وتحسب المدة من وقت اليمين.

ولا يكون الإيلاء إلا باليمين على ترك الوطء مدة الإيلاء كاملة.[2]

حكم الإيلاء و رفع الضرر عن المرأة:

أحكام الإيلاء في الشريعة الإسلامية الهدف منها رفع الظلم عن المرأة ومنع الإضرار بها، إذ كان الرجل في الجاهلية إذا كره المرأة وأراد إضرارها، حلف ألا يقربها، فيتركها معلّقة، لا هي مطلقة، ولا هي ذات زوج، ويتزوج هو غيرها وبنزول الآية التي ذكر الله فيها الإيلاء، وضع القرآن حدا لما كان يفعله الناس في الجاهلية، وجعل للحالف على هجر امرأته أمدا لا يتجاوز الأربعة أشهر فإن زاد فهو مخير، إما أن يرجع إلى زوجته ويكفّر يمينه، وإما أن يطلق ولا يمسكها اعتداء وضرارا و هو

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصلح ،باب هل يشير الإمام بالصلح ،رقم2705.

[2] مدونة الفقه المالكي 35/3- 37.

معنى قوله تعالى:" للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن ا غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن ا سميع عليم".البقرة226-227

فإذا أصر الزوج على عدم التطليق ظلما وضرار وأمر الطلاق بيده فقد جعل الشارع الحكيم للمرأة الحق أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا وقع عليها ضرر من الزوج، وجعل للقاضي الحق في أن يطلق على الزوج على الرغم منه إذا ثبت له الضرر، وهو ما تقتضيه نصوص القرآن التي تأمر بالعدل والإحسان والعشرة بالمعروف وطبقا للقاعدة الشرعية الشهيرة : "لا ضرر وضرار".

وترك الجماع كما سوء العشرة، وعدم الإنفاق على الزوجة، وغياب الزوج مدة معينة حددها الفقهاء أسباب يحق بموجبها للمرأة أن ترفع دعوى الطلاق على الزوج وللقاضي حينئذ كامل التصرف في إثبات دعوى الضرر والإجراءات التنفيذية إذا ثبت ذلك لديه ليس مجال تفصيلها هنا.

فذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية والحنابلة على الأصح في المذهب إلى أن الرجل إذا آلى من امرأته، ومضت مدة الإيلاء ورفع الأمر إلى القاضي فطلب منه أن يطلق أو يفيء، فأبى، فإن للقاضي أن يطلق عليه.

وقال أهل الظاهر لا يطلق عليه القاضي، وإنما يحبسه حتى يطلقها بنفسه.

جاء في المحلى:

"فمن الباطل أن يطلق أحد على غيره لا حاكم ولا غير حاكم، وقال: إما أن يفيء وإما أن يطلق، فالواجب أن يجبر على أيهما شاء ولا بد، فإن ا عز وجل يقول:(و إن عزموا الطلاق) البقرة 227. فجعل عزيمة الطلاق إلى الزوج المولي لا إلى غيره".[1]

وهي رواية لأحمد.

قال ابن قدامة:

"وعن أحمد رواية أخرى: ليس للحاكم الطلاق عليه وإنما يحبسه ويضيق عليه حتى يفي أو يطلق".[2]

---

[1] المحلي 250/11- 251.

[2] المغني: 8/ 543.

أما عمدة المالكية فالنظر إلى المصلحة المرسلة وقد صرحوا بذلك في مراجعهم. أما الشافعية والحنابلة فقاسوا المسألة على سائر الحقوق التي تجب على المكلف وامتنع على أدائها وهي مما يقبل النيابة أو يصح الإجبار عليها فإن أبى فللحاكم أن يوقع ذلك بالنيابة ودفعا للضرر، فقد اعتمدوا ظاهرا على القياس لكن في الحقيقة أن الأصل الذي وصلوا إليه هو المصلحة.

قال ابن رشد:

"من راعي الضرر الداخل على ذلك من النساء قال: يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل، والمنقول عن مالك العمل به".[1]

وفي الشرح الكبير:

"فالحاصل أنه يؤمر بعد الأجل بالفيئة فإن امتنع منها أمر بالطلاق فإن امتنع طلق عليه الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه".[2]

أما في مذهب الشافعية:

فقال الإمام الشافعي في الأم:

"إذا آلى الرجل من امرأته، فمضت أربعة أشهر وقف عليه وقيل له: إن فئت وإلا فطلق، فإن فاء، وإلا قلت له: طلق، فإن طلق لزمه الطلاق، وإن لم يطلق طلق عليه السلطان واحدة. فقال: وإنما جعلت له أن يطلق عليه واحدة، لأنه كان على المولي أن يفيء أو يطلق، فإذا كان الحاكم لا يقدر على الفيئة إلا به، فإذا امتنع قدر على الطلاق عليه ولزمه حكم الطلاق، كما نأخذ منه كل شيء وجب عليه أن يعطيه، من حد، وقصاص، ومال، وبيع، وغيره، إذا امتنع من أن يعطيه، وكما يشهد على طلاقه فيطلق عليه، وهو ممتنع من الطلاق جاحد له".[3]

وقول الشربيني في مغني المحتاج أوضح في اعتماد الشافعية على المصلحة برفع الضرر إذ يقول:

---

[1] بداية المجتهد 2/ 101.

[2] الشرح الكبير 436/2.

[3] الأم 256/5.

" و أن للقاضي -إذا رفعته إليه- يطلق عليه طلقة نيابة عنه، لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفيئة، لأنها لا تدخل تحت الإجبار والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع، كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل"[1].

وعند الحنابلة، قال ابن قدامة:

"ولنا ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين. قال: وهذا أصح في المذهب، وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها، وإنما الحاكم يستوفي لها الحق عند طلبها".[2]

ومجمل هذا الاستدلال من جمهور العلماء يصب في أصل واحد وهو مصلحة الزوجة ورفع الضرر عنها، وقد تولاها القاضي استثناء بسبب هذه المصلحة بموجب ولايته العامة لأن الأصل من له ولاية على محل الطلاق هو الزوج. و يمكن اعتبار هذه الجزئية فرد من أفراد قاعدة "لا ضرر و لا ضرار" و هو ما أشرنا إليه في بداية البحث من استثناء جزئية من قاعدة ما لأنها بدخولها في قاعدة أخرى أولى.

ملاحظة: رأي الحنفية في هذه المسألة غير وارد؛ لأن الطلاق يقع على المولي منها حكما بانتهاء مدة الإيلاء.

المطلب الثالث : المثال الثالث:قاعدة "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه".

1- **شرح القاعدة:**

القاعدة نص حديث نبوي شريف وهي ركن في رفع الخصومات في باب القضاء.

والقاعدة تبين أن المدعي بالحق لا تقبل دعواه ولا يحكم له بالحق المدعى به إلا إذا أثبتها بالبينة، أما المنكر للحق وهو المدعى عليه فبإمكانه رد دعوى المدعي بيمينه إذا لم يثبتها المدعي بالبينة.[3]

وقد اتفق جمهور الفقهاء من أحناف وحنابلة وشافعية على أنه إذا كانت الدعوى في الأموال ولم يكن للمدعي بينة وجبت اليمين على المدعى عليه عملا بالقاعدة التي هي نص حديث.

---

[1] مغني المحتاج 3/ 351.

[2] المغني 8/ 543.

[3] سبق شرح القاعدة وتخريج الحديث في مبحث الاستثناء بسبب النص.

2- الاستثناء:عدم تحليف المدعى عليه إذا لم يكن بينه و بين المدعي خلطة:

غير أن الإمام مالك - رحمه ا -أخرج واستثنى من تحليف المدعى عليه من لم تكن بينه وبين المدعي مخالطة وقال: لا يحلف المدعى عليه إلا إذا كانت بينه وبين المدعي مخالطة وقد بنى مذهبه هذا على النظر إلى المصلحة.

قال ابن رشد:

" قال مالك:لا تجب اليمين إلا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة،وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة،لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضا وإذاية بعضهم بعضا".[1]

وقد روى - رحمه ا -في موطئه عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقتضي بين الناس، فإذا جاءه الرجل يدعي على رجل حقّا نظر، فإن كان بينهما مخالطة أو ملابسة، أحلف الذي ادعى عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا. قال الزرقاني: وبه قال فقهاء المدينة السبعة وغيرهم.[2]

وقد ذكر الإمام ابن القيم في الطرق الحكمية أنه مذهب علي بن أبي طالب.[3]

وقد برر الزرقاني - رحمه ا - بقوله:

"كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء، فيجروهم إلى المحاكم طمعا في ابتزاز أموالهم فاشترطت الخلطة لهذه المفسدة".[4]

وقد دعم الإمام مالك - رحمه ا -مذهبه هذا بعمل أهل المدينة الذي هو أصل قوي في مذهبه إذ يقدمه على خبر الآحاد في كثير من الأحيان يدل على ذلك قوله:" وعلى ذلك الأمر عندنا".

ويدخل في معنى المخالطة الصانع وتجار السوق لأنهم نصبوا أنفسهم للناس.[5]

---

[1] بداية المجتهد 473/2.

[2] شرح الزرقاني على الموطأ 386/1.

[3] الطرق الحكمية (في مذهب أهل المدينة في الدعاوي) ص 100.

[4] المرجع السابق.

[5] انظر مواهب الجليل 127/4.

وعمدة الأئمة الثلاثة عموم قوله -صلى ا عليه و سلم-: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"، فإنه يتناول كل مدعى عليه ، ولم يفرق النبي -صلى ا عليه و سلم- بين مدعى عليه وآخر.

قال الشافعي:

"ووجدت النبي -صلى ا عليه و سلم- يقول: واليمين على المدعى عليه ،فلا يجوز أن تكون على مدعى عليه دون مدعى عليه إلا بخبر لازم يفرق بينهما، وبما أنه لا يوجد خبر يفرق بين مدعى عليه وآخر وجب الحكم باليمين على كل مدعى عليه حيث لا بينة للمدعي.

وورد أنه -صلى ا عليه و سلم- سأل المدعي: "ألك بينة ؟ فقال: لا. فقال: لك يمينه".[1]

وجه الاستدلال بهذه الرواية أنه -صلى ا عليه و سلم- رتب وجوب اليمين على فقد البينة ولم يستفسر عن شيء سوى ذلك .

وقال في موضع آخر: وسواء كانت بينهما مخالطة أم لم تكن في إشارة إلى الرد على المالكية فيما ذهبوا إليه.[2]

وجاء في المغني:

"وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلما أو كافرا عدلا أو فاسقا ،امرأة أو رجلا ،وقال: فإذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبريء".[3]

وفي الهداية عند الأحناف:

" إذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها فإن اعترف قضى عليه بها، وإن أنكر سأل المدعي البينة فإن أحضرها قضى بها وإن عجز عن ذلك طلب يمين خصمه استحلفه عليها".[4]

---

[1] أخرجه البخاري(عن الأشعث بن قيس بلفظ فليحلف بدل:لك يمينه)في صحيحه:كتاب الأيمان،باب اليمين الغموس،رقم6677.

[2] أنظر الأم 239/6.

[3] المغنى 10.

[4] الهداية 6/ 151.

و عليه فإن جمهور الفقهاء على الأصل العام في وجوب البينة على المدعي و اليمين على من أنكر لا فرق بين مدع و آخر ، في حين اشترط المالكية المخالطة استثناء لمصلحة صيانة أموال الناس و أعراضهم خاصة و أن لهم سند معتبر عندهم و هو عمل فقهاء المدينة السبعة بذلك.

المطاب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "المباشر ضامن وإن لم يتعمد". (م 92) من المجلة

1-شرح القاعدة:

المباشر للفعل:المباشر هنا:المراد به مباشر الفعل الضار الذي ينشأ عنه الضمان بنفسه دون واسطة.فيضاف الفعل في الشرع إلى الفاعل ويقتصر عليه إذا كان عاقلا بالغا؛لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها لا من حيث ذواتها ولا ينسب الفعل إلى الآمر به،لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل ومتى بطل الأمر لم يضمن الآمر،ولأن الآمر قد يكون سببا والفاعل علة،والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها، لأنها هي المؤثرة فيها،لا إلى أسبابها،لأنها موصلة إليها في الجملة والموصل دون المؤثر.فالمباشر يضمن إذا وإن كان مخطئا سواء كان الخطأ في نفس الفعل نحو أن يقصد صيدا فأصاب شاة لإنسان،أو في ظن الفاعل نحو أن يظن الشاة حجرا فأصابها بسهمه أو لم يكن هذا ولا ذاك.كما لو انقلب وهو نائم على مال فأتلفه.قال: "و إن لم يتعمد" لأنه مع التعمد من باب أولى وعليه الإثم، وبدونه ضمان ولا إثم.[1]

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الآمر ما لم يكن الآمر مجبرا أي مكرها للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرها له عليه فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه لا إلى الفاعل ،لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره. فلو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الآمر إلا أن يكون الآمر مجبرا ومكرها للفاعل على

[1] شرح المجلة للأتاسي 255/1.

الفعل، فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذ إذا كان إكراهه له بملجئ، ولا معتبر بغير الملجئ.[1]

ويدخل ضمن هذا أمر السلطان، أو منفذ حكم القضاء فإن الضمان على الآمر لا على المنفذ لأنه بحكم الآلة في يده.

فالقاعدة تقرر أن المباشر للفعل الضار الذي ينتج عنه ضمان يعد ضامنا لما نتج عن فعله من الأضرار، سواء تعمد الضرر - وهذا من باب أولى- أم لم يتعمد.

يهمنا أيضا في هذا المثال قاعدة أخرى لصيقة بهذه من حيث ترتب آثار الفعل من حيث المباشرة والتسبب وهي: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر". و قد تقدم شرح المباشر أما المتسبب المراد به الذي كان سببا في التعدي الموجب للضمان.

والسبب في اللغة: الحبل، ثم استعير إلى ما يتوصل به إلى الشيء.[2]أما اصطلاحا: فهو عند علماء الأصول: "ما توقف عليه الشيء وجودا وعدما، وكان خارجا عن ماهيته"، أو هو: "الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطا لوجود الحكم".[3]

وهذه القاعدة تشير إلى أنه إذا اجتمع في إتلاف واحد مباشر وآخر متسبب تعلق الحكم وهو الضمان بالمباشر دون المتسبب، ذلك أن المباشر متعد مطلقا. أما المتسبب فقد يكون متعديا و قد لا يكون ، ولهذا قدم المباشر عليه في حق الضمان ثم إن المباشر ألصق بالاعتداء من المتسبب لعدم الواسطة فكان أولى بالضمان.

و التفرقة بين المباشرة والتسبب أساسها أن الأولى قوامها اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر، فكان علة مؤثرة في الإتلاف وهذه العلة من الظهور بحيث لا تدع حاجة إلى النظر إلى فاعلها وقصده أو تعمده لأن الفعل الضار المباشر ينسب إلى فاعله عادة لإحداثه إياه، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمين لذاك. وهذا بخلاف المتسبب

---

[1] شرح القواعد للزرقا 443/ 444.

[2] المصباح المنير مادة (سبب).

[3] بحوث في أصول الفقه لأحمد حجي الكردي 192.

لأن فعله لا يتصل بذاته بمحل الضرر كالمباشر بل بأثره لذا لم يكن تسببه في إحداث الضرر ظاهر ظهور المباشرة ولا قويا قوتها.[1]

ففعل المتسبب للضرر أضعف وأخفى من المباشر،و مع هذا الضعف والخفاء النسبي لا يرتفع إلى مستوى المباشرة من حيث القوة و الظهور بدليل نسبة الفعل أو الضرر إلى المباشر عادة دون المتسبب لذا قدمت المباشرة على التسبب عند اجتماعهما، وأضيف الحكم بالتضمين إلى المباشر دون المتسبب وهذا باتفاق بين المذاهب لوجود مسوغ الترجيح عند تعارضهما وهو قوة المباشرة وظهورها.[2]

يقول القرافي في هذا:

"أسباب الضمان إذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب كمن حفر بئرا لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب فالضمان على الثاني دون الأول تقديما للمباشرة على التسبب لأن الشريعة تقدم الراجح عند التعارض إلا أن تكون المباشرة مغمورة كقتل المكره فإن القصاص يجب عليهما ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب.وكتقديم السم لإنسان في طعامه فيأكله جاهلا به فإنه مباشر تقتل نفسه و واضع السم متسبب والقصاص على المتسبب وحده".[3]

2-الاستثناء:ضمان خطأ القاضي،أو خطأ القاضي في بيت المال.

إذا وبناء على ما تقدم من كلام القرافي إذا ارتفع السبب إلى مستوى المباشرة في بعض الحالات من حيث القوة والظهور، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة أضيف حكم التضمين إلى المتسبب وحده أو إليهما معا على السواء لانتفاء سبب الترجيح استثناء من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، فقاعدة تقديم المباشر على المتسبب المتفق عليها ليست على إطلاقها، بل مقيدة بأن لا يصبح السبب في معنى العلة من حيث القوة والأثر والظهور وهو ما ينطبق على مثالنا الذي اخترنا استثناءه من القاعدة وهو: ضمان خطأ القاضي.

---

[1] أنظر النظريات الفقهية للدريني ص 220 وما بعدها في نظرية الضمان.

[2] المرجع السابق.

[3] الفروق 208/2. مع ملاحظة اختلاف المذاهب في مسألة القصاص في حالة القتل بالإكراه.

فإذا ما حكم القاضي بإتلاف شيء من الأموال أو النفوس بناء على شهادة شهود، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم لو تبين ما يخل بأهليتهم للشهادة:

أ- فإن كان في الأموال: فالضمان على الشهود المتسببين وحدهم لا على القاضي المباشر للإتلاف للأسباب الآتية:

1- لأن الشهود قد ألجأوا القاضي إلى الحكم الذي هو علة الإتلاف.

2- إنه ليس في عمل القاضي تعد، وهو شرط في حكم التضمين.

3- إن التعدي مع التسبب كانا متوافرين في الشهادة، أما التسبب فظاهر، وأما التعدي فللرجوع والتزوير، ثم ألجأوا القاضي إلى الحكم بشهادة زور فالمباشرة هنا مبنية على التسبب وكان ظهور التأثير وقوته في الشهادة لا في قضاء القاضي، فارتفعت إلى مستوى العلة من حيث الظهور وقوة التأثير.وكما قيل الحاكم أسير الشاهد.[1]

وكذا إذا كان في النفوس أو الحدود فإن القاضي هنا يضمن الشهود أرش الحد أو الدية في القصاص أو إقامة حد القذف في شهود الزنا زورا.... الخ.لأنه يشترط لضمان بيت المال في خطأ القاضي أن لا يكون هناك من المكلفين غير القاضي من يصلح لتحمل الضمان وهنا الشهود برجوعهم يتحملون الضمان.

لكن إذا قضى القاضي بناء على شهادة شهود ثم تبين أنهم غير عدول أو عبيد .. أو ما يخل بأهليتهم ونفذ الحكم وقد قصر القاضي في السؤال عنهم والتحري عن حال الشهود فإن دية القتيل أو أرش الحد في بيت المال لا في ماله استثناء من الأصل تحمل كل مكلف ضمان خطئه وذلك بناء على المصلحة العامة إذ لو ضمنا القاضي مع كثرة الخصومات لكان في ذلك عنتا ولامتنع الناس عن ولاية القضاء فيفسد حال الأمة فكان العدل – و الشرع كله عدل - أن يكون " الغرم بالغنم " ، وذلك أن صواب القاضي يقوم على الأمة بالخير فكذلك خطؤه ينبغي أن يكون على عاتقها أيضا ما دام القاضي لم يتعمد الخطأ وهذا باتفاق العلماء.

قال القرافي:

---

[1] أنظر النظريات الفقهية للدريني 221- 222.

"إن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكم".[1]

و لأن القاضي نائب عن الشرع، عامل لغيره، وليس في وسعه التحرز عن الوقوع في الخطأ قطعا، و قد وجب عليه القضاء بالظاهر على وجه لو تركه يأثم ويصير فاسقا فإذا أتى بما وسعه في التأمل وتعديل الشهود، يسقط عنه ما وراءه فلا يؤاخذ به . ولأنه لو وجب عليه الضمان مع عجزه عن التحرز لتقاعد الناس عن تقلد القضاء فيتعطل تنفيذ الأحكام ومصالح العامة وإقامة حقوق الشرع. ولأنه كالوكيل يرجع على الموكل فيما يلحقه من العهدة، فإذا وقع القضاء للعامة، فإنه يرجع في بيت المال لأنه حقهم.

قال الحصيري:

"هذه قاعدة قضائية مهمة ترفع الحرج عن الحكام وخلاصتها، إن خطأ القاضي غير مضمون عليه لأن تصرفه منوط بمصلحة الغير، والحديث المروي عن النبي -صلى ا عليه و سلم- أنه:" إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر".[2] وفيه دليل أيضا على أن الحاكم أو القاضي لا يغرم بخطئه".[3]

ونجد الإمام عز الدين ابن عبد السلام - رحمه ا - ينبه على هذه القاعدة في مواضع عديدة من قواعد الأحكام منها:

" أن الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئا من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام، لأنهما لما تصرفا صار كأن المسلمين هم المتلفون، لأن ذلك يكثر في حقهما فيتضرران به".

ويقول:

---

[1] الفروق 208/2.

[2] أخرجه الإمام مسلم من حديث عمرو بن العاص -رضي ا عنه-: صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ رقم 4487.

[3] التحرير 356.

" وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجبة للضمان إلا في حق الحكام ونواب الحكام إذا غلطوا بذلك في معرض التصرف بالأحكام، أو بالنيابة عن الحكام، لأن التغريم يكثر ويشق عليهم، ويزهدهم في ولاية الأموال".[1]

وفي المذهب الحنبلي قال ابن قدامة في المغني:

" إذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال، قال: لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم و خطأ الوكيل في حق موكله عليه، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فإيجاب الضمان فيما يخطىء فيه على عاقلته إجحاف بهم فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال. وقيل على عاقلته مخففة مؤجلة".[2]

وعند الأحناف جاء في البدائع:

" الأصل أن القاضي إذا أخطأ في قضائه بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف أنه لا يؤاخذ بالضمان لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة، ثم ينظر إما أن يكون المقضى به من حقوق العباد، وإما أن يكون من حقوق ا عز وجل كالقطع في السرقة، والرجم في زنا المحصن، فإن كان في حقوق العباد، فإن كان مالا وهو قائم رده على المقضي عليه، لأن قضاءه وقع باطلا و رد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده لقول النبي عليه الصلاة والسلام :"على اليد ما أخذت حتى ترده" ، و لأنه عين مال المدعى عليه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به وإن كان هالكا فالضمان على المقضى له لأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان، ولأنه إذ عمل له فكأن هو الذي فعل بنفسه.

أما إذا كان من حق ا عز وجل خالصا فضمانه في بيت المال لأنه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدى من بيت المال ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلاد أيضا لأنه عمل بأمر القاضي".[3]

---

[1] قواعد الأحكام في مصالح الأنام 165/2.

[2] المغني 150/12 .

[3] بدائع الصنائع 56/7.

وهكذا فقد تبين أن مضمون القاعدة مبني على المصلحة العامة فاستثني من القاعدة العامة في الضمان على المتلف.

الفصل الرابع :

الاستثناء بسبب العرف

و فيه ما يلي:

المبحث الأول : العرف:تعريفه،أقسامه،تحكيمه،أدلة و شروط اعتباره،الاحتجاج به

المبحث الثاني : مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف

المبحث الأول :

العرف:تعريفه،أقسامه،تحكيمه،أدلة و شروط اعتباره،الاحتجاج به

المطلب الأول تعريف العرف و العادة لغة و اصطلاحا و النسبة بينهما:

أ ـ العرف:

لغة: قال ابن فارس في المقاييس: "[العين و الراء و الفاء] أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض و الآخر على السكون و الطمأنينة".[1]

و قد ورد العرف في اللغة بمعان كثيرة، منها ما قال ابن منظور في اللسان:"عرف الرمل و الجبل و كل عال: ظهره و أعاليه، قال: و عرف الديك و الفرس و الدابة و غيرها: منبت الشعر و الريش من العنق. قال: و العرف و العارفة و المعروف واحد ضد المنكر، و هو كل ما تعرفه النفس من الخير و تبسأ -أي تأنس- و تطمئن إليه، و قال: العرف و المعروف، الجود و قيل هو اسم ما تبذله و تسديه. قال: و العرف بالضم و العرف بالكسر، الصبر قال الشاعر:

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات[2]

1- مقاييس اللغة 281/11.

2- الشاعر أبو دهبل الجمعي: عن لسان العرب مادة عرف.

قال و العرف اسم من الاعتراف، و من قولهم: له علي ألف عرفا أي اعترافا، قال: و طار القطا عرفا عرفا: بعضها خلف بعض.

و على الجملة فإن الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسنات و كرم من المعاني، و المعنى الأخير يشعر بمتابعة البعض للبعض".[1]

و قد وردت كلمة "العرف" في القرآن الكريم بهذه المعاني السابقة ، قال تعالى: "و أمر بالعرف"الأعراف199 ،قال الزمخشري: العرف هو المعروف الجميل من الأفعال.

و قال تعالى: "و على الأعراف رجال" الأعراف 146،قال الزجاج: أي أعالي السور بين الجنة و النار.

و قال تعالى :"و المرسلات عرفا " المرسلات 1 الملائكة المرسلات متتابعة كشعر عنق الفرس، و يجوز أن يكون المراد و المرسلات بالمعروف و الإحسان. كذا يفهم من الألوسي.[2]

ب ـ العادة:

العادة كما في لسان العرب هي: الديدن و هي الدأب و الاستمرار على الشيء، و هي مأخوذة من العود و المعاودة و تكرار الشيء حتى يصير سهلا تعاطيه كالطبع لذا قيل العادة طبعة ثانية.[3]

اصطلاحا: "هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية".

فإذا كان التكرار ناشئا عن علاقة عقلية و هي التي يحكم فيها العقل بهذا التكرار لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم العقلي كحدوث الأثر كلما حدث المؤثر، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر لأنه ناشئ عن تلازم و ارتباط في الوجود بين العلة و المعلول يقضي به العقل و ليس ناشئا عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي.

و العادة حالة متكررة سواء كان منشؤها طبيعيا كإسراع البلوغ في الأقاليم الحارة و إبطائها في البادرة ،أو ناشئة عن أهواء و شهوات فساد الأخلاق من كذب و أكل مال

3- لسان العرب مادة عرف.

1- العرف و العادة في رأي الفقهاء :8-9.

2- المدخل 867/1 عن الراغب الأصفهاني في مفردات القرآن .

بالباطل ،أو ناشئة عن حادث خاص كفشو اللحن الناشئ عن اختلاط العرب بالعجم و قد اعتبرها الفقهاء و راعاها المفتون و القضاة و قرروا ما يناسبها من أحكام.[1]

أما العرف في المعنى الاصطلاحي: فقد عرفه الأستاذ أبو سنة كما في المستصفى أنه: "**ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول**".[2]

ثم قال معلقا: يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس و عرفته و تحقق في قرارتها و ألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل و لم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، و إنما يحصل استقرار الشيء في النفوس و قبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل و الرغبة.

و لا بد هنا من ملاحظة الفرق بين ما ذكره الأستاذ الزرقا عن العلاقة العقلية التي يحكم بها العقل عند تكرر حدوث الأثر كلما حدث المؤثر، و بين استحسان العقل في تعريف العرف. فالأول المقصود به علاقة التلازم و التأكيد على عدم وجود أي ارتباط بينها و بين العادة التي منشؤها طبيعة الشيء أو التطبع عليه بالتكرار. أما استحسان العقل في تعريف العرف، فهو حكمه على ما تكرر بين الناس و استقر في نفوسهم فلم يحكم بقبحه و إنكاره مما قد يفشو بين جماعة عن ضعف في نفوسهم من تعاطي منكرات أو تقاس عن فعل الخيرات فهذا لا يسمى عرفا لأنه تمجه الطباع السليمة و تستقبحه العقول السوية.

و عرفه صاحب المدخل بأنه: "**عادة جمهور قوم في قول أو فعل**".[3]

يؤخذ من هذه التعريفات ما يلي:

1. أن العرف نوع من العادة، فالعادة جنس أعم تحته أنواع من العرف كما سنوضحه في النسبة بين العرف و العادة.

2. تحقق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس لا بد منه، و هو أن يكون موضوع العرف قد اعتاد أكثر القوم في مكان جريانه- و هو ما يستفاد من لفظ

3-المدخل870-871.

4- نقله الأستاذ أبو سنة عن عبد ا بن أحمد النسفي و ليس عن مستصفى الغزالي كما يتبادر إلى الذهن.

1- المدخل الفقهي 872/1.

الجمهور- فإن لم يكن الأمر المعتاد فاشيا بين أكثر القوم لا يتكون به عرف معتبر بل يكون من قبيل العادة الفردية أو المشتركة- ولا تأخذ حكم العرف.

3. يشير التعريف إلى أن العرف أنواع قولي و عملي و هو صريح في التعريف الثاني و مستفاد من عموم لفظ "ما" في قوله ما استقر في النفوس.

4. أنه عرف عام، و عرف خاص و هذا مستفاد من تنكير لفظ قوم، فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة.

كما يستفاد من قوله: من قول أو فعل أن العادة لا تسمى عرفا إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير و الاختيار، كالتعامل في بعض المكيلات و الموزونات أو ما يتعامل به في بعض العقود من ألفاظ و معاملات فيخرج عن معنى العرف ما يكون من الأمور الناشئة عن عوامل الطبيعة كإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة و بطيئة في الباردة فهذا الأمر و إن كان مطردا أو غالبا فهو عادة لا عرف لعدم الاختيار و التفكير فيه وكذا ما حدث اتفاقا كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بِنَفْع لهم فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها أو بسبب حادث خاص كفشو اللحن بسبب الاختلاط.

و هو ما يستفاد أيضا من قولهم من جهة العقول في التعريف الأول.[1]

و يخرج بقولهم ما "استقر في النفوس" ما حصل بطريق الندرة و لم يعتده الناس فإنه لا يعد عرفا.[2]

ج ـ النسبة بين العرف و العادة:

أ- من العلماء من جعل العرف و العادة بمعنى واحد.

قال ابن عابدين:

"العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها و معاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس و العقول متلقاة بالقبول من غير علاقة و لا قرينة حتى

---

[1] - أطلق علماء الاجتماع على كل ما تتابع الناس فيه بعضهم بعضا سواء أكان مصدره العقل أو الغريزة أو الصدفة و الاتفاق و هو ما أطلق عليه في أصل اللغة ، و اقتصر الفقهاء على ما كان مصدره العقل و خالفوا الاجتماعيين في هذا التعميم و سبب ذلك أن الفقهاء يبحثون عن العرف من حيث أنه قاعدة تبنى عليها الأحكام العملية و الاجتماعيين يبحثون عنه من حيث تأثيره في الجماعة. انظر العرف و العادة في رأي الفقهاء ص12.

2- انظر المرجع السابق و المدخل الفقهي.

صارت حقيقة عرفية، فالعادة و العرف بمعنى واحد من حيث الماصدق و إن اختلفا من حيث المفهوم".[1]

و هذا ما يؤخذ من عطف العرف على العادة في تعريف صاحب المستصفى الذي نقلنا تعريفه سابقا في قوله: "العرف و العادة ما استقر...."

و على هذا الرأي سار لفيف من المعاصرين أمثال الشيخ أبو زهرة، و الشيخ عبد ا خلاف.

قال الشيخ أبو زهرة:

"إذا اعتادت الجماعة أمرا صار عرفا لها، فعادة الجماعة و عرفها متلاقيان في المؤدى".

و قال الأستاذ خلاف:

" و العرف و العادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد".[2]

ب-من العلماء من جعل بينهما عموم و خصوص و هو ما يتضح في ما قدمناه في شرح التعريف و هو أن العادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، و العادة الفردية أو المشتركة و عادة الجمهور التي هي العرف.

فتكون النسبة بين العادة و العرف هي العموم و الخصوص المطلق لأن العادة أعم مطلقا و أبدا و العرف أخص إذ هو عادة مقيدة، فكل عرف هو عادة، و ليست كل عادة عرفا.[3]

المطلب الثاني : أقسام العرف:

ينقسم العرف إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة:

1. باعتبار متعلقه و سببه ينقسم إلى عرف لفظي و عرف عملي:

أ. العرف اللفظي(القولي): هو غلبة استعمال اللفظ في معنى غير معناه الأصلي حتى يصير هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاقه من غير حاجة صارفة عن إرادة المعنى الأصلي، و هو باعتبار من يصدر عنه ينقسم إلى قسمين:

3- مجموعة رسائل ابن عابدين 144/2.

1- مالك لأبي زهرة ص447.و مصادر التشريع لخلاف ص 145 على التوالي.

2- انظر: المدخل الفقهي 872/1-873.العرف و العادة لأبي سنة 15.

عرف الشرع: و هو أن يغلب استعمال الشرع لفظا في معنى غير معناه اللغوي حتى يصير هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاقه من غير قرينة صارفة عن المعنى اللغوي ،مثاله: غلبة استعمال لفظ "الصلاة" في الأركان المخصوصة في عرف الشرع فإن الشرع نقل لفظها عن معناه الأصلي- و هو الدعاء- إلى الأركان المخصوصة، حتى صار هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاق اللفظ و صار المعنى الأصلي كالمهجور.

و كذا الحج فإنه في اللغة القصد، و استعمله الشارع في زيارة الكعبة في الأشهر المعلومة و بالأفعال المخصوصة فصار هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق و هجر معناه الأصلي.

أما عرف الناس: فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح هذا المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة، مثاله: استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها، فإذا أطلقت كان المراد بها النقد الغالب في البلدة، مع أنها في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين.

و منها لفظ الدابة: يطلق على ذات الحافر و القوائم و الإطلاق في حين أنها في اللغة تطلق على كل ما له دبيب و هكذا.

ب- العرف العملي: هو ما جرى عليه العمل بين الناس و اعتادوه في بعض أعمالهم العادية و معاملاتهم المدنية كاعتيادهم تعطيل أيام معينة من الأسبوع أو كل نوع خاص من اللحوم أو ما يجري بين الناس من عادات في بيوعهم و أنكحتهم كأن يعتادوا أن يكون حمل المبيع الثقيل على البائع أو على المشتري و كتأجيل بعض المهر في بعض البلدان.

2- نقسم العرف من حيث مصدره إلى عرف عام، و عرف خاص:

أ- العرف العام: و هو ما اعتادته هيئة غير مخصوصة في سائر البلدان في أمر من الأمور.

قال ابن عابدين في نشر العرف:

" هو ما تعامله عامة أهل البلاد، سواء أكان قديما أو حديثا".اهـ[1]

أي هو الذي يكون فاشيا في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور. و ذلك كالاستصناع في كثير من الحاجات و اللوازم فإنه شاع بين الناس في جميع البلدان و قد درجوا عليه من قديم الزمان.

و كذا: تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية.

ب- العرف الخاص: هو ما تعامل به فئة مخصوصة، أو ما كان في مكان دون آخر كالأعراف التي تجري بين التجار أو الصناع أو كإطلاق ألفاظ تعارف عليها أهل بلد دون آخر كلفظ الدراهم في المثال السابق.

و قسمها العلماء بتقسيمات أخرى مردها إلى الذي فصلناه.

ذكر ابن نجيم في الأشباه تقسيما للسراج الهندي إلى أنها ثلاثة أنواع :

" العرفية العامة: كوضع القدم، و العرفية الخاصة: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة، و الفرق و الجمع و النقض للنظار، و العرفية الشرعية: كالصلاة و الزكاة و الحج تركت معانيها اللغوية لمعانيها الشرعية"اهـ.[2]

و قسمها الشاطبي في الموافقات إلى عادة شرعية، و غير شرعية -في تقسيم مخالف نوعا ما- فالشرعية هي التي كلف بها الشرع أمرا أو نهيا، أو أذن فيها فعلا أو تركا، كستر العورة في الصلاة و إباحة بيع العرايا و القصاص في القتل العمد العدوان، و جعل الدية في الخطأ على العاقلة و سلب العبد أهلية الشهادة، و حكمها أنها ثابتة لا تبديل فيها ما دامت السماوات الحسن منه ما حسنه الشرع و القبيح ما قبحه و إن اختلفت فيه آراء الناس، فلا يصح أن يقال: أن القصاص في القتل العدوان وحشية تتنافى الآن و طبيعة الإنسان و ما هو عليه من التمدن فيجب أن يحرم. و هذا لأن العوائد الشرعية بعد النص عليها صارت من الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع فتبديلها بالاستحسان و الاستقباح نسخ و لا نسخ بعد وفاته صلى ا عليه و سلم.

---

[1] نشر العرف ص 4 عن أثر القواعد المختلف فيها في اختلاف الفقهاء للبغا ص 247.

1- الأشباه لابن نجيم 101.

و عادة غير شرعية و هي التي لم يتناولها الدليل الشرعي بإثبات أو نفي . و تقسم إلى ثابتة و متبدلة ، فالثابتة هي التي لا تختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة و الأحوال كالانزجار عند الزجر وجود شهوة الطعام و الشراب، و المتبدلة هي التي تختلف عما تقدم و أنواعها كثيرة، فمنها ما يكون تبدله بسبب أمر طبيعي كاختلاف الأقطار حرارة و برودة حيث تختلف بسببها العادة في إسراع البلوغ و إبطائه و منها ما يكون تبدله بسبب الأقوال كاختلاف الألفاظ في التعبير عن المقصود و فهمه منها بحسب الأمم و بحسب الأقاليم و الطوائف كأهل العلوم و الصناعات، أو في الأفعال ،كالعادة في البيع بالأجل و بيع الوفاء و قبض نصف الصداق قبل الدخول، و العادة في الصنائع كبناء الدور على أشكال متجانسة أو متفاوتة، أو في الأوصاف حسنا و قبحا، ككشف الرأس بالنسبة لذوي المروءات فإنه يقبح عند بعضهم و يحسن عند البعض.

و حكم العادات غير الشرعية أن الأحكام تبتنى عليها و تترتب على وفقها ثباتا و اختلافا فما كان منها ثابتا فالحكم المترتب عليه ثابت أبدا و ما كان منها متبدلا فالحكم المبتنى عليه يختلف بحسبه، كتنزيل الأحكام على العادات القولية في الأيمان و العقود و الفسوخ صراحة و كناية، و ككشف الرأس يكون قادحا في العدالة عند من يستقبحه، غير قادح عند من يستحسنه".[1]

المطلب الثالث : تحكيم العرف:

يعتبر العرف في نظر الشريعة الإسلامية مستند لكثير من الأحكام العلمية بين الناس في شتى شعب الفقه و أبوابه و له سلطان واسع في توليد الأحكام و تجديدها و تعديلها و تحديدها و إطلاقها و تقييدها. فالعرف، تولده الحاجات المتجددة المتطورة،ثم يكون نظاما حاكما تدور به و عليه عجلة المعاملات بين الناس، و ينير محجة القضاء كما أن العرف لا تغني عنه نصوص التشريع و التقنين، لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات و الاحتمالات كما أن كثيرا من أحكامها الآمرة نفسها مبني على العرف و يتبدل الحكم فيه بتبدله.

و قلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه حتى باب الجرائم و العقوبات ففي جريمة التعدي على الكرامة بالإهانة و الشتم يعتبر من الكلام جريمة

1- الموافقات 215/2 – 216.

يستحق قائلها عقوبة تعزيرية ما يعتبر في عرف الناس شتما و العقوبة التعزيرية شرعا، القدر الذي يعتبر كافيا للقمع في نظر العقلاء و عرفهم بحسب درجة الجرم.[1]

جاء في الأشباه:

" و اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة".[2]

المطلب الرابع : أدلة اعتبار العرف:

استدل على اعتبار العرف أصلا من أصول الأحكام بالكتاب و السنة

أما الكتاب فقوله تعالى: "خذ العفو و أمر بالعرف".الأعراف 199

وجه الدلالة، أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه و سلم أن يأمر بالعرف، و هو ما تعرفه الناس و استطابته نفوسهم، فمراعاته هي مقتضى الأمر في الآية الكريمة و هو دلالة اعتباره في الشرع.

و أما السنة فقوله صلى الله عليه و سلم :"ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن".[3]

و وجه الاستدلال بهذا الحديث أن ما تعارفه المسلمون و كان مستحسنا بينهم فهو حسن عند الله، و ما كان حسنا عند الله فهو مشروع.

لكن هذا الاحتجاج لم يسلم فقد وردت عليه عدة انتقادات أهمها أنه إن كان ظاهر المراد من الآية أنها العادات التي تعامل بها الناس و عرفوها من جهة العقل ليست عين ما عرف أنه من الدين، و لا يستلزمها، فلا دلالة للآية على المطلوب.

و قد فسر العرف بتفاسير عديدة، منها كل ما عرفته من الوحي و منها الأخلاق الحسنة و منها كلمة لا إله إلا الله و تفاسير أخرى لا مجال للتخصيص ببعضها دون بعض.

أما الحديث: فقد طعن في رفعه كما طعن في دلالته على المطلوب.

2- انظر المدخل 1 / 879 – 880.

1- ابن نجيم 101.

2- سبق تخريجه في الاستثناء بسبب الاستحسان.

قال العلائي: " لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا و لا بسند ضعيف إنما هو قول ابن مسعود موقوفا عليه".

أما الطعن في دلالته فلأن للمراد بالمسلمين في الحديث المجتهدون لا مطلق المسلمين بقرينة إسناد الرأي إليهم، و الرأي في عرف الصحابة – و الحديث موقوف على ابن مسعود- عرفه ابن القيم بما يراه القلب بعد فكر و تأمل و طلب لوجه الصواب مما تعارض فيه الأمارات.[1] و ذلك كالاستنباط من طريق القياس و المصلحة و سد الذرائع و هذا لا يكون إلا من المجتهدين و حينئذ يكون المعنى وارد في إجماع أهل الحل و العقد منهم - أي من المسلمين- و ذلك الإجماع و هو غير محل النزاع.

و يجوز أن تكون "اللام" في المسلمين للعهد و المعهود هو الصحابة فيكون المراد من المسلمين هم الصحابة.

و مجمل القول أن الحديث إما وارد في الإجماع أو في الصحابة و كل هذا لا ينتهض دليلا على اعتبار العرف.[2]

و قد سلك الأستاذ أبو سنة في اعتبار العرف بناء على ما يستنبط من نصوص الشرع في اعتبار العرف حصر فيه استعمالات الفقهاء للعرف بأربعة أنواع أوجزها فيما يلي:

1- العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهرا:

و هذا النوع مرده إلى الأدلة الشرعية الصحيحة، كالسنة التقريرية و الإجماع العملي أو المصلحة المرسلة، أو أصل الإباحة .ضرب لذلك أمثلة: من إقرار النبي صلى ا عليه و سلم التعامل بالمضاربة إذ بعث و الناس يتعاملون بها، و بالاستصناع في الإجماع العملي، و قد ذكر المشقة في نزع الناس عن عاداتهم و ما استنبطه الفقهاء من النصوص في التيسير و رفع الحرج و مراعاة مصالح الناس و ما اعتادوا عليه.

ثم استنتج أن قول الفقهاء يجوز كذا للعرف ليس استدلالا به و إنما هو استخراج للحكم من قاعدة عامة أثبتها الدليل الشرعي، و أن قول الفقهاء في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم إشارة إلى الاستدلال على القاعدة بنوع من أنواع المؤثر، و

1- نقله الأستاذ أبو سنة عن ابن القيم.

2- انظر:العرف و العادة لأبي سنة 31-32.

حاصلة التعليل بالمشقة لحكم التيسير و هو نظير التعليل بالمصلحة المرسلة خاصة عند المالكية الذين لم يشترطوا في المصلحة أن تكون ضرورية.

2- العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث:

و الأصل فيه نصوص الشرع التي يستلزم تطبيقها الرجوع إلى الشرع ،منها قوله تعالى: "فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم".المائدة 89 فأحال الشارع في تقدير الوسط من الطعام إلى العرف و الآيات في هذا كثيرة.

و منها قوله صلى ا عليه و سلم لهند امرأة أبي سفيان: "خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف" أي القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية.

فهذه النصوص تدل على أن الشارع اعتبر العرف مرجعا في تطبيق الأحكام المطلقة.

3- الاتفاق على اعتبار العرف القولي في التخصيص و التقييد:

و مرده أن المتكلم يستعمل اللفظ في معناه المتعارف عليه مكانا و زمانا و قد هجرت حقيقته اللغوية و قد بينا ذلك في العرف القولي.

4- مثله الاتفاق على صحة بعض التصرفات اعتمادا على ما جرى به العرف:

كدخول الحمام مع عدم التصريح بعقد الإجارة، و تناول الضيف الطعام المقدم له إذن عرفي في تناوله.

فاعتبار هذا النوع من العرف بمعنى أن قيامه بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف عاقدا أو حالفا أو غيرهما بما يفيد مضمونه، فإذا كان العرف في الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل إلى أول الشهر كان ذلك اشتراطا للتأجيل في العقد من غير تصريح به لجريان العرف.

ثم خلص في الأخير إلى أن معنى اعتبار الفقهاء للعرف كونه قاعدة فقهية محكمة.[1] أي ليس أصلا قائما بذاته كغيره من أصول الفقه إنما أخذت حجيته من استقراء النصوص التي استلزم تطبيقها الرجوع إلى العرف و في ذلك اعتبار للشارع للعرف ثم اعتبار الشارع للأسباب العادية و رعايته لمصالح الناس التي إذا ما خولفت شق ذلك

1- العرف و العادة لأبي سنة: 26 – 55 بتصرف.

على الناس و كان تكليفا بما لا يطاق كما يقول الشاطبي في الاستدلال على اعتبار العرف من لدن الشارع الحكيم.[1]

المطلب الخامس : شروط اعتبار العرف:

و لكون العرف إنما اعتبر بمواصفات معينة و ليس مطلقا فلا بد من شروط تتوفر لاعتبار العرف المراد تحكيمه في الوقائع. و يمكن إجمالها فيما يلي:

1- أن يكون العرف مطردا أو غالبا: و معنى الاطراد أن يكون العمل به لدى متعارفيه مستمرا في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها. و معنى الغلبة أن يكون جاريا في أكثر الحوادث إذا لم يكن جميعها، و ليس معناه جميع القوم أو أغلبهم. لأن شيوع العرف ركن أساسي لا يتحقق بدونه سواء كان عرفا عاما أو خاصا قوليا، أو فعليا .

قال السيوطي في الأشباه:

"إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا".اهـ[2]

2- أن يكون موجودا عند إنشاء التصرف:أي أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها معمولا به أي بأن يكون حدوث العرف سابقا على حدوث التصرف لذلك قال الفقهاء: "لا عبرة بالعرف الطارئ".[3]

و لذلك نبه العلماء إلى أنه لا يجوز تفسير النصوص الشرعية بما طرأ من أعراف الناس أخيرا بل يجب أن تفهم على ضوء الدلالة اللغوية و العرفية لها في عصر صدورها، و لا عبرة بما طرأ من الأعراف التي تقتضي تبدل مفاهيم بعض الألفاظ.

قال القرافي في هذا:"دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن العرف ناسخ للغة و الناسخ يقدم على المنسوخ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة وقت العقد و لا عبرة بتبدل العادات بعده في النقود كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات".[4]

2- انظر الموافقات 286/2-287.

1- الأشباه و النظائر للسيوطي 101 .

2- المصدر السابق 68 و أشباه ابن نجيم 110.

3 - المدخل للزرقا 878/2 نقلا عن القرافي.

كذلك نصوص العباد لا يجوز أن تفسر إلا حسب ما يقتضيه عرف الاستعمال السائد إبان حدوثها و إن تغير بعد، و عليه فإن ألفاظ الوقف و الوصايا و نحوها يجب أن تفسر طبقا لعرف المتصرفين السائد في زمانهم دون نظر إلى ما طرأ و تغير بعدها.

3- أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه: أي أن لا يوجد بين المتعاقدين عند إنشاء العقد تصريح منهما بقول يفيد عكس ما جرى عليه العرف، لأن دلالة اللفظ أقوى من دلالة العرف فيقدم صريح اللفظ عليه. فإذا كان العرف مثلا تقسيط الثمن و صرح المتعاقدان بنقده حالا فلا عبرة بالعرف.

قال ابن عبد السلام في قواعد الأحكام:" كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح".[1]

4- أن لا يخالف نصا من نصوص الشرع مخالفة يستحيل معها الجمع بينهما، فلا عبرة حينئذ بهذا العرف كاعتياد الناس و فشو التعامل بالربا بينهم فإنه عرف فاسد لا عبرة به لأنه يخالف نصا صريحا في تحريم الربا: "و أحل ا البيع و حرم الربا"البقرة275 و غيره مما اعتاده الناس مما هو مخالف للشرع، فالاختلاط بين النساء و الرجال و غيرها من المنكرات التي اعتادوا عليها و صارت معروفا بينهم فلا التفات إليها بل

يجب تغييرها و القضاء عليها.

و هذا الشرط يجرنا إلى حالات:

أ- تعارض العرف مع النص:

1- أن يخالف العرف النص من سائر الأوجه و يصطدم معه فهذا عرف فاسد مردود.

2- أن يخالف العرف النص من بعض الوجوه دون بعض فهذا مخصص للنص كما في جواز السلم و العرايا.

3- أن يكون النص الذي جاء العرف بمخالفته مبنيا على العرف و العادة السائدين في زمان نزوله فإنه عند بعض الأئمة يترك النص و يصار إلى العرف إذا تبدلت بتبدل الزمان و فيه تفصيل للأئمة يطول ذكره و ليس مجاله هذا البحث.

1- قواعد الأحكام2 /186.

4- أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص بل بالاجتهاد و الرأي و كثير منها ما بناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان المجتهد في الزمان الذي حدث فيه العرف لقال بخلاف ما قال أولا فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة و لو خالفت حكما سابقا مبنيا على عرف مخالف و هذا كله مبني على قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان".

مثاله: إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن و نحوه لانقطاع عطاء المعلمين إذ لو اشتغلوا بغير أجرة لزم ضياعهم و عيالهم، و لو اشتغلوا بحرفة أخرى ضاع العلم و الدين فأفتوا بجوازه، و كذا الإمامة و الأذان.[1]

ب- تعارض العرف و اللغة: ذكر الأستاذ أبو سنة أن الأصوليين حكوا الاتفاق على أن العرف يخصص العام و يقيد المطلق، و تترك له حقيقة اللفظ إذا كان عرفا قوليا، و ذكر أن للشافعية اختلاف في بعض الفروع. قال السيوطي في الأشباه و النظائر تحت عنوان: فصل في تعارض العرف و اللغة : من أن في ذلك وجهين ،أحدهما: و إليه ذهب القاضي حسين، الحقيقة اللفظية مقدمة عملا بالوضع اللغوي، و الثاني: و عليه البغوي، أن الدلالة العرفية مقدمة لأن العرف يحكم في التصرفات سيما في الأيمان.

و قد اشتهر في أقوال الفقهاء أن الأيمان مبناها على العرف كما أنهم أجمعوا على أن البينة لها تأثير في صرف اللفظ عن ظاهره في الأيمان.

هذا في العرف اللغوي أما العرف العملي: فإنه يقيد المطلق و يخصص العام إن كان العرف عاما أما إذا كان خاصا فلا اعتبار به في تخصيص و لا تقييد كمن حلف لا يأكل خبزا و لا يلبس ثوبا، فيحنث بأكل خبز الشعير، و لبس الكتان ،و لو كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح و لا يلبس إلا الحرير.[2] و قد فصل الأستاذ أبو سنة القول في هذا و ساق أمثلة لأقوال العلماء و ليس مجال تفصيله هنا.

المطلب السادس : الاحتجاج بالعرف في المذاهب الفقهية:

1- انظر غاية المأمول في توضيح الفروع على الأصول 454.و سيأتي في نهاية هذا المبحث.

2- العرف و العادة 91-123و ما بعدها.

إن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف و تحكيمه في فهم نصوص الشرع و بناء شطر عظيم من الأحكام عليه.

قال القرافي -رحمه ا -:" أما العرف فمشترك بين المذاهب و من استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها".[1]

في المذهب المالكي: يعتبر العرف أصلا مهما تبنى عليه الأحكام و يخصص و يقيد الأثر.

قال صاحب الذخيرة في تعليل جواز الشرط في البيع إذا كان متعارفا:" لأن التعارف و التعامل حجة يترك بها القياس و يخص به الأثر". و قال:" في الشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي".[2]

وعد القرافي أدلة مشروعية التصرفات تسعة عشر وعد منها العوائد.[3]

و قد نقلنا كلام الشاطبي عند تقسيمه العادات و قال بمشروعية العوائد الجارية و اعتبارها شرعا.

و فروع المذهب زاخرة بالأمثلة على ذلك:

فقد أرجع تقدير الحرز في السرقة إلى ما اعتاده الناس في الحفظ،قال ابن رشد:

"الحرز عند مالك بالجملة هو: كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه".[4]

و قالوا بجبر الزوجة على الإرضاع لقوله تعالى:"و الوالدات يرضعن أولادهن"البقرة233 و استثنوا ذوات الأقدار و الشرف إلا أن يكون الولد لا يقبل إلا ثديها و علله القرطبي بالعرف و العادة.

و رد رب المال و العامل في مقدار الربح في المضاربة عند الاختلاف إلى تحكيم العرف و بكون القول قول العامل مع يمينه إن جرى عرف بمثل ما يدعيه.

3- الفروق 76/1.

1- نقله الأستاذ أبو سنة في العرف و العادة ص35.

2- تنقيح الفصول 198.

3- بداية المجتهد 440/2.

جاء في الموطأ:" قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا، فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين،و قال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث، قال مالك : القول قول العامل و عليه اليمين إذا كان ما قال يشبه قراض مثله و كان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس".[1]

و لقد عقد ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين فصلا بعنوان: "تغير الفتوى و اختلافها بحسب تغير الأزمنة و الأمكنة و الأحوال و النّيات و العوائد و ساق أمثلة كثيرة لهذه القاعدة من فقه المذاهب ثم ختم الفصل بعد تقريره مذهب المالكية بالقول بالعرف .قال:" و هذا محض الفقه، و من أفتى الناس بمجرد النقول في الكتب على اختلاف عرفهم و عوائدهم و أزمنتهم و أمكنتهم و أحوالهم و قرائن أحوالهم فقد ضل و أضل، و كانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم و عوائدهم و أزمنتهم و طبائعهم بما في كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، و هذا المفتي الجاهل، أضر ما على أديان الناس و أبدانهم و ا المستعان".[2]

في المذهب الحنفي: الحنفية كالمالكية يقولون بمراعاة العرف بل يعتبرونه أصلا من أصول المذهب حتى قال ابن الهمام في شرح الهداية: "العرف بمنزلة الإجماع شرعا عند عدم النص".[3]

و نقل الشيخ أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة كلام سهل بن مزاحم يصف أصول مذهب أبي حنيفة رحمه ا قال:" كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة و فرار من الفتح و النظر في معاملات الناس و ما استقاموا عليه و صلحت عليه أمورهم، يمضي الأمور على القياس، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان ما دام يمضي له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون". قال أبو زهرة:" و في الجملة: إن ذلك النص يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدرا من مصادر الاستنباط، و أصلا من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه".[4]

4- الموطأ 492.

1- إعلام الموقعين 89/3.

2- فتح القدير 157/6.

3-أبو حنيفة لأبي زهرة 350.

و قال ابن عابدين في نشر العرف: " و اعلم أن اعتبار العادة و العرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول: في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة، هكذا في الأشباه، و قال في الشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، و في المبسوط: الثابت بالعرف كالثابت بالنص".[1]

و قد نقل الأستاذ أبو سنة مجموعة من أمثلة عند الحنفية في احتجاجهم بالعرف أذكر منها ما يلي:

قال فخر الدين الزيلعي في دليل شرعية المضاربة: "فإنه صلى ا عليه و سلم بعث و الناس يتعاملونها، فتركهم عليها و تعاملها الصحابة رضي ا عنهم".

و قال أيضا في تعليل قول أبي يوسف و محمد و الرواية عن أبي حنيفة بجواز بيع أراضي مكة ما نصه:" و قد تعارف الناس بيع أراضيها و الدور التي فيها من غير نكير و هو من أقوى الحجج".[2]

و قال في المبسوط من باب البيوع إذا كان فيها شرط ما نصه:

" و إن كان شرطا لا يقتضيه العقد، و فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى نعلا و شراكا على أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي و لأنه في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا.

و قال في آداب القاضي:" و أقرب ما قيل في حق المجتهد: أن يكون حوى علم الكتاب و وجوه معانيه، و علم السنة بطرقها و متونها و وجوه معانيها،و أن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس".[3]

في المذهب الشافعي : الشافعية أيضا يرجعون إلى العرف في ضبط الأحكام و تفسير بعض الألفاظ. و قد ذكر السيوطي ضمن القواعد التي أسس عليها الفقه عند الشافعية قاعدة "العادة محكمة" و قال في أثناء الحديث عنها: "اعلم أن اعتبار العادة و العرف رجع إليه الفقه في مسائل لا تعد كثرة ".[4]

1- نقله الدكتور البغا في أثر الأدلة ص259 عن نشر العرف ص3 .

2- العرف و العادة لأبي سنة 34-35.

3- المبسوط13- 14 و 16- 62 نقلا عن العرف و العادة ص 35.

4- الأشباه و النظائر 99.

و قد عقد العز بن عبد السلام في كتابه القواعد فصلا طويلا بعنوان:تنزيل دلالة العادات و قرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم و تقييد المطلق و غيرهما. فقال في تحكيم الأيمان إلى العرف:" قاعدة الأيمان البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة "، و قال:" قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقا، و لا ضابط له فيه و لا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف". و ذكر أمثلة كثيرة يرجع فيها في الفقه الشافعي إلى العرف كالضابط في حفظ الودائع و الأمانات و الحرز في السرقة و في إجارة وسائل النقل يحمل على المعتاد من المسافة و الأماكن و ما يحق للمستأجر تحميله و استصناع الصناع و غيرها مما جعل ضابطه العرف.[1]

في المذهب الحنبلي: رجع فقهاؤهم فيها إلى العرف في استدلالهم على الأحكام.

قال ابن القيم رحمه ا :"و قد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع ".ثم عدد منها نقد البلد، و تقديم الطعام إلى الضيف، و عدد أمثلة متفق على بعضها، و مختلف على بعضها الآخر، و ساق الشواهد الكثيرة لذلك. و قال في موضع آخر في الإفتاء: "لا يجوز للمفتي أن يفتي في الإقرار و الأيمان و الوصايا و غيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها و المتكلمين بها فيحملها على ما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها و المتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه و عرفوه و إن كان مخالفا لحقائقها الأصلية فمتى لم يفعل ذلك ضل و أضل".[2]

و في الفقه الحنبلي ما يشهد لاعتبار العرف منها: ما جاء في المغني لابن قدامة في البيع بالمعاطاة قوله:

"و لنا أن ا أحل البيع و لم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض و الإحراز و التفرق، و المسلمون في أسواقهم و بياعاتهم على ذلك".[3]

الخلاصة : و الخلاصة بعد ذكر النصوص الفقهية لدى المذاهب الأربعة و عرض بعض المسائل الفقهية يتضح أن جميع الأئمة قائلون بمراعاة العرف على الجملة لذا

1- انظر قواعد الأحكام 126/2 و ما بعدها.

2-إعلام الموقعين 228/4.

3- المغني 6/4.

قال القرافي: "أما العرف فمشترك بين المذاهب و من استقرأها وجدهم يصرحون بذلك" و قد بيناه.

أما قول بعضهم بتوسع المذهب المالكي أكثر من غيره في اعتبار العرف إنما هو تابع لتوسعهم في مراعاة المصلحة المرسلة باعتبار أن المصلحة أحد مدارك العرف بل أن العرف يعتبر ضربا من ضروب المصلحة، و هو ما نقلناه عن العلماء في قولهم بأن نزع الناس عن أعرافهم فيه من الحرج و التضييق على الناس.

إنما الخلاف بينهم في بعض المسائل الفرعية التي مبناها على العرف لاختلافهم في مدى سلطانه و قوته إذا عارضه أصل آخر، أو لاختلاف العرف نفسه أو في وجوده أو عدمه، أو اطراده و اضطرابه، و سنرى ذلك عند التعرض للأمثلة التطبيقية في استثناء المسائل بسبب إعمال العرف من القواعد العامة للفقهاء.

و في آخر هذا العرض للاحتجاج بالعرف اذكر مجموعة من القواعد التي تعتبر ضابطا لكثير من المسائل الفرعية عند الفقهاء.

1- العادة محكمة (م36). و تضبطها: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"م41.

2- المعروف عرفا كالمشروط شرطا(م43).

3- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص(م45).

4- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم(م44).

5- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان(م39). و هذا أهم مجالات العرف.

المبحث الثاني :

مسائل تطبيقية في **الاستثناء بسبب العرف**

تمهيد :

بناء على ما أوضحناه من سلطان للعرف و تحكيمه في بناء الأحكام الفقهية من تخصيص و تقييد و تفسير للنصوص التي أحالها الشرع لحكم العرف بل جعلها بعضهم بمنزلة الإجماع كما نقلنا ذلك عن ابن الهمام، و إن اجتهادات الفقهاء ترجح العرف على القياس و هو الذي يستند إلى النص و لو بطريق غير مباشر –عن طريق العلة-، فالأصل القياسي مثلا يمنع بيع النحل و دود القز قياسا على سائر هوام الأرض كالوزغ و الضفدع لعدم ماليتها، لكن الفقهاء أجازوها لما رأوا من تعامل الناس بها بيعا و شراء و كذا القياس يقضي بنجاسة نجو الحمام قياسا على نجو الدجاج لكن عفي عنه ،كما قال السرخسي:

"تركت في المساجد حتى في المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها..".[1]

و ذكر القرافي في الأحكام عن مالك أن الزوجة إذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها فالقول للزوج مع أن القياس عدم القبض، لكن العرف يقضي بأن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض صداقها أو جزءا منه.[2]

و غيرها من الأمثلة التي ترك فيها القياس لأجل العرف.

و قد يكون عند الأحناف من قبيل الاستحسان الذي تترك فيها الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف أو عند المالكية الذين يتركون الأدلة القياسية للمصلحة أو الضرورة.

يقول الأمام ابن عابدين في هذا:

---

[1] انظر: العرف و العادة (فصل العرف و القياس) ص 132 و ما بعدها، و المدونة 162/2.

[2] الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام سؤال 39ص68.

"الاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يتـرك للعـرف لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص و لا عام معارضة مباشرة، و العرف غالبا دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجح عليه عند التعارض".[1]

أقول: فإذا كان هذا هو حال العرف و منزلته من الأصول الاجتهادية فمـن بـاب أولى أن يكون سببا قويا لاستثناء بعض الجزئيات من حكم كلياتها. لأن الأحكام الكليـة جزء من هذه المنظومة الاجتهادية و التي مردها إلى استقراء النصوص أو قد تكـون نصوصا، فلا بد أن يسري عليها الحكم السابق في منزلة العرف مـن الـنص، مـن تخصيص أو تقييد أو تفسير و يتوضح ذلك بالأمثلة التطبيقية التالية.

المطلب الأول : المثال الأول:قاعدة "الإقرار حجة قاصرة".

1- **شرح القاعدة:**

وردت هذه بألفاظ مختلفة عند العلماء نذكر منها:

1- الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به و لا يصدق على إبطـال حـق الغير و لا بإلزام الغير حقا.[2]

2- إقرار الإنسان على نفسه مقبول، و على غيره غير مقبول[3]أو مردود.[4]

3- الإقرار حجة في حق المقر كقضاء القاضي.[5]

4- الإقرار حجة قاصرة –أي على المقر- و البينة حجة متعدية.[6]

معنى الإقرار:أقر بالحق اعترف به ،فالإقرار في اللغة هو الاعتراف من الإنسان على نفسه بحق غيره أو بفعل نفسه، و يقابل الإقرار الإنكار.[7]

اصطلاحا: الإقرار في اصطلاح الشرع هو معناه في اللغة: أي إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيقر لفلان بدين عليه، و لفلان بأنه ابنه أو أخوه.

---

1 نشر العرف لابن عابدين 116/2 نقلا عن المدخل 932/2-933.

2 أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر) ص 112.

3 أشباه السيوطي 464 .

4 المنثور للزركشي 187/1.

5 أشباه ابن نجيم 265.

6 المجلة المادة 77- المدخل الفقهي الفقرة 667.

7 المصباح مادة "قر" .

و قد ذكر الأمام ابن عبد البر هذه القاعدة مقرونة بالآية: "و لا تكسب كل نفس إلا عليها و لا تزر وازرة وزر أخرى".[1] الأنعام 164

و في السنة حكم النبي صلى ا عليه و سلم بالإقرار بقوله: "أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن أقرت فارجمها"[2] ، و رجم النبي صلى ا عليه و سلم ماعز و الغامدية بإقرارهما .

و إذا وجب الحكم بالشهادة فلأن يجب بالإقرار و هو من الريبة أبعد أولى.

و القاعدة مادة قضائية مهمة جدا في مجال العقوبات و الجنايات.

و الإقرار أقوى حجج و براهين الإثبات، إذا كان الإقرار اختيارا دون إكراه.

غير أن القاعدة تدل على أن الإقرار يصلح دليلا لإثبات الحق فيما يخص المقر و حجة ملزمة و برهان قاطع في حق المقر، لأن الإنسان العاقل المختار لا يعترف و لا يقر على نفسه بحق لغيره أو بفعل لنفسه يستحق عليه العقوبة كاذبا.[3]

و الإقرار حجة في حق المقر و لا تتجاوز إلى غيره ، فمن أقر لآخر بحق مشترك له عليه و على شريكه و أنكر الشريك ثبت الحق عليه فقط و لم يثبت على شريكه، و من أقر لآخر بأنه أخوه و أنكر الأب ذلك، لم يثبت النسب من الأب إلا في حق المقر فقط، فإذا مات الأب شارك المقر له المقر في حصة من الميراث، و لم يشارك الورثة الآخرين.[4]

2- الاستثناء: إقرار أب أو وصي البكر بقبض مهرها.

ذكر الزرقا في المدخل مسائل تعدى فيها حكم الإقرار إلى الغير منها:

أنه لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها فإنه حجة عليها و تبرأ به من ذمة الزوج. و مبنى ذلك هو أن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف و العادة، و أن من ملك القبض ملك الإقرار به.[5]

---

[1] قواعد الندوي 125 نقلا عن التمهيد8 /187.

[2] رواه الجماعة:البخاري رقم6859،مسلم رقم4435(الحدود)،أبو داود رقم4445،الترمذي رقم 1433،النسائي ،ابن ماجه رقم 2549.

[3] انظر: موسوعة القواعد الفقهية2/ 227 و المدخل 120.

[4] انظر المراجع السابقة في القواعد.

[5] الزرقا في المدخل الفقرة 667.

و قبض صداق البكر من قبل أبيها أمر متفق عليه بين المذاهب و العرف يخول له و للجد عند عدم الأب بالقبض و التصرف لأنه محل الشفقة عليها و لحيائها من مباشرة أمور النكاح بنفسها و الصداق تبع له.

و قد صرح بذلك صاحب البدائع فقال:

" و للأب قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة و يبرأ الزوج بقبضه، أما الصغيرة فلا شك فيه لأن له ولاية التصرف في مالها، و أما البالغة فلأنها تستحي من المطالبة به بنفسها كما تستحي عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضا بقبض الأب كما جعل رضا بالنكاح ،و لأن الظاهر أنها ترضى بقبض الأب لأنه يقبض مهرها فيضم إليه أمثالا فيجهزها به، هذا هو الظاهر فكان مأذونا بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يملك القبض و لا يبرأ الزوج و كذا الجد يقوم مقامه عند عدمه. و إن كانت ابنته عاقلة و هي ثيب فالقبض إليها لا إلى الأب و يبرأ الزوج بدفعه إليها لا إلى الأب، و ما سوى الأب و الجد من الأولياء ليس لهم ولاية القبض سواء كانت صغيرة أو كبيرة".[1]

و في المجموع عند الشافعية: أن ولاية النكاح تثبت للأب و الجد بالنص و الإجماع لكمال شفقتها و شفقة غير الأب و الجد قاصرة و قال: إن كانت المنكوحة صغيرة أو راشدة سلم المهر إلى من ينظر في مالها، و إن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها، و قالوا في البكر البالغة أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها و جدها لأنه يجوز إجبارها على النكاح فجاز للولي قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة، و هو الذي ذهب إليه المالكية إذ يقولون بأن ولاية الأب على ابنته البكر ولاية إجبار فله أن يزوجها بأقل من مهر المثل كما له أن يضع من صداق ابنته البكر خلافا لأبي حنيفة.[2]

و من له مثل هذا السلطان في التصرف في المهر فله الإقرار أيضا من باب أولى.

بل جوز المالكية أن يضمن الأب مهر ابنته، قال ابن عرفة في إنكاحه ابنته في مرضه ضامنا مهرها: صحيح، و قال مالك: يثبت في ثلثه. و قال اللخمي: إن ضمن

---

[1] بدائع الصنائع: 204/3.

[2] انظر بداية المجتهد 16/2 و المجموع 20/18.

عن الزوج صداق ابنته في صحته ثم مات و لم يخلف شيئا كان الزوج بالخيار بين أن يدفع ذلك إليها أو يفارقها و لا شيء عليه.

و قال ابن لبابه في جواز قبض الأب مهر ابنته البكر: أن الأصل الذي أوجب الرضا بالصداق هو الرضا بالزوج و الصداق فرع له، و حكم الفرع أن يكون تابعا للأصل، فلما كان صماتها يجزئ في الأصل كان الصداق تابعا له.[1]

و في مسألة العفو عن نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول لمن يقول أن المخاطب في الآية هو الولي دلالة على أن للولي سلطة التصرف في مهر البنت من قبض و عفو و بالتالي إقرار من باب أولى.

و ذلك في قوله تعالى: "و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح، و أن تعفو أقرب للتقوى...".البقرة237.

و العفو في كلام العرب بمعنى: الإسقاط ، أو الهبة و اختلف فيمن بيده عقدة النكاح المقصود بالآية ، فقال مالك و الشافعي في القديم و أحمد في أحد قوليه: هو الولي، و قالوا: لو كان المقصود هو الزوج لقال إلا أن يعفون أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج و خاطبهم بخطاب الحاضر فلما عدل عن خطابهم إلى الغائب دل على أن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، و لأنه لا ولاية للزوج عليها بعد الطلاق.

و وضع صاحب المجموع شروط خمسة، فقال: إذا قلنا أنه الولي لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط ذكر منها:

1- أن يكون - الذي يعفو- أبا أو جدا ،لأنهما لا يتهمان فيما يريان من الحظ للولد و من سواهما متهم.

2- أن تكون بكر فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها ،لأنه لا يملك الولي توزيجها.

3- أن تكون صغيرة أو مجنونة فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها في المال.[2]

---

[1] انظر التاج و الإكليل شرح مختصر خليل 633/1.

[2] انظر المجموع 21/18 و ما بعدهما و المغنى 70/8، و بداية المجتهد 2/25-26.

و قال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد و أحمد في أحد قوليه أن المقصود هنا هو الزوج لأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه و فسخه و إمساكه و ليس إلى الولي منه شيء لأنه ليس له التصرف إلا بما فيه مصلحة و لاحظ لها في هذا الإسقاط.[1]

و عليه فإن قوة سلطان العرف في هذه المسألة أخرج هذه الجزئية من حكم قاعدة "الإقرار حجة قاصرة" إذ أن ولاية النكاح و كمال شفقة الأب و الجد على الصغيرة يجعل العرف قاضيا على القاعدة في هذه المسألة.

المطلب الثاني : المثال الثاني:قاعدة "البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه (على من أنكر).[2]

1ـ شرح القاعدة: هذه سبق شرحها و إنما اكتفى بذكر ما له علاقة بهذه المسألة.

اتفق الفقهاء على أن الصداق يجب على الزوج بالدخول أو الموت.

أما وجوبه بالدخول فلقوله تعالى: "و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و ءاتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا، و كيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذتم منهم ميثاقا غليظا"البقرة.

أما وجوبه بالموت فلانعقاد الإجماع على ذلك.[3]

فإذا اختلف الزوجان في قبض المهر بعد الدخول فالقاعدة أن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و به قال جمهور الفقهاء.

2ـ الاستثناء: اختلاف الزوجين في قبض المهر بعد الدخول.

استثنى المالكية هذه المسألة معتمدين على العرف فقد جاء في المدونة: "قال: أرأيت إذا تزوج الرجل المرأة فدخل بها فادعت أنها لم تقبض من مهرها شيئا، و قال الزوج قد دفعت إليك جميع الصداق؟ قال:قال مالك: القول قول الزوج، قال مالك: و ليس يكتب الناس في الصداق البراءات.قال ابن القاسم:لأنها مكنته من نفسها.[4]

---

[1] المراجع السابقة.

[2] القاعدة سبق شرحها.

[3] بداية المجتهد 22/2.

[4] المدونة 236/2 .

و فسر ذلك ابن رشد في بداية المجتهد قال:"قال أصحاب مالك: إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع المهر".[1]

و قال جمهور الفقهاء: القول قولها قبل الدخول و بعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تبرئه منه و تمسكوا بالحديث الذي هو نص القاعدة.

جاء في المغني:"و جملة ذلك أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته و ادعت ذلك عليه ، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها، سواء ادعى أنه وفى لها ،أو أبرأته منه ،أو قال لا تستحق علي شيئا ،و سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده. و به قال سعيد بن جبير و الشعبي و ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و الشافعي و إسحاق و أصحاب الرأي، و حكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا: إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج و الدخول بالمرأة يقطع الصداق، و به قال مالك، قال أصحابه: إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة، أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة، لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه.

و لنا أن النبي صلى ا عليه و سلم قال: "اليمين على المدعى عليه"، و لأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول".[2]

و تمسك الشافعية باستصحاب العدم الأصلي.

جاء في المجموع:" إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فادعى الزوج و قال: اقبضتك مهرك فأنكرت، و قالت: لم اقبضه، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تقبضه، لأن الأصل عدم القبض، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده".[3]

و احتج القرافي رحمه ا بعدم مخالفة المالكية للحديث الذي هو نص القاعدة، فأجاب في تهذيب الفروق بالفرق بين المدعي و المدعى عليه بأن المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، و المدعى عليه من كان قوله على وفق أحدهما، و يقرب من هذا قول بعض فقهائنا المدعي من يتمسك بخلاف الظاهر، و المدعى عليه من

---

[1] بداية المجتهد 31/2.

[2] المغني 43/8- 44 .

[3] المجموع 159/18.

يتمسك بالظاهر، و عليه فلا مخالفة للحديث، لأن من ادعى شيئا و شهد له العرف ثبتت له يد اختصاص و صار مدعى عليه.[1]

و خالف الجمهور فقالوا: "البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه" يدل على أن من ادعى شيئا كان عليه البينة و لا يمين عليه و إن شهد له العرف.[2]

المطلب الثالث : المثال الثالث: قاعدة "التابع تابع".[3] (م47)

1- شرح القاعدة:

التابع: هو ما لا يوجد مستقلا بنفسه بل وجوده تابع لوجود غيره، فإن كان جزءا مما يضره التبعيض، كالجلد من الحيوان، أو كالجزء و ذلك كالجنين، و كالفص للخاتم فلو أقر بخاتم دخل فصه، أو كان وصفا فيه كالشجر و البناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته، كالطريق للدار و كالعجول للبقرة الحلوب، و المفتاح للقفل و الجفن للسيف.

و معنى القاعدة: أن ما كان تابعا لغيره في الوجود سواء كان جزءا من متبوعه أو من ضمنه أو ضروراته و لوازمه، أو فرعا له فإنه لا يفرد بالحكم. و منها القاعدة:" التابع لا يفرد بالحكم" بل إن الحكم الذي يثبت لأصله يثبت له و يسري عليه.

ومن تطبيقاتها:

- إذا بيعت دابة في بطنها حمل يدخل الحمل في البيع تبعا لأمه و لا يجوز إفراده بالبيع.

- إذا أقر إنسان لآخر بشاه دخل في الإقرار معها حكما صوفها و حليبها.

- إذا اشترى دارا دخل فيها كل ما وضع فيها للاستقرار من رفوف و نوافذ و أبواب، فيسري عليها حكم البيع وفقا للقاعدة. و كذا الشرب و الطريق أي حق المرور يدخلان في بيع الأرض تبعا.

---

[1] انظر الفروق 189/1 .

[2] انظر: العرف و العادة ص157 ،و نصب الراية للزيلعي أول كتاب الدعوى ، و مهذب الشيرازي 335/2.

[3] أشباه السيوطي ص177، ابن نجيم 120 ،المجلة المادة 47، قواعد الونشريسي(إيضاح المسالك) 52 ،قواعد ابن رجب 84- قواعد الزركشي (المنثور) 234.

- لو أخطأ الإمام في الصلاة بما يوجب سجود السهو وجب السجود للسهو أيضا على المقتدي تبعا لإمامه.[1]

- اختلاف في حكم نماء الرهن، فيسري عليه حكم الرهن تبعا للقاعدة عند الحنفية و خالف الأئمة الثلاثة استثناء من القاعدة و احتج المالكية لذلك بالعرف .

و سوف أفصل المسألة فيما يلي:

الرهن:

تعريفه: لغة: الثبوت و الدوام، يقال ماء راهن أي راكد ،و نعمة راهنة أي ثابتة دائمة، و هو أيضا اللزوم و الحبس، و كل شيء محبوس فهو مرهون. قال تعالى: "كل نفس بما كسبت رهينة" المدثر38، أي محبوسة بكسبها، فمعتقها أو موبقها و يجمع على رهان، و رهن، و قرئ بهما في قوله تعالى: "فرهان مقبوضة". البقرة 283 و سمي الرهن رهنا لأنه محبوس في الدين، ممنوع مالكه من التصرف فيه.

و الرهن في عرف الشرع :"جعل المال وثيقة في دين، ليستوفى منه عند تعذر وفائه".[2]

مشروعيته: الرهن مشروع حضرا و سفرا، قال تعالى: "و إن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة"البقرة 283و تقييد الرهن بالسفر في الآية خرج مخرج الغالب، لأن السفر هو الحالة التي يغلب معها عدم وجود الكاتب لوثيقة الدين فحاجة الناس إلى الرهن في السفر أشد منها في الحضر و ليس ذكره في السفر دلالة على عدم جواز الرهن في الحضر، ففي السنة روت عائشة رضي ا عنها:" أن رسول ا صلى ا عليه و سلم اشترى من يهودي طعاما و رهنه درعه".[3]

---

[1] انظر شرح القاعدة و تطبيقاتها : شرح القواعد الفقهية للزرقا ص 253 ،المدخل الفقهي للكردي 98-99، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو 57/3 ،أشباه ابن نجيم 133، شرح المجلة للآتاسي 107 و ما بعدها.

[2] انظر المغنى كتاب الرهن 397/4 و مدونة الفقه المالكي و أدلته 626/3.

[3] متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه:كتاب السلم ،باب الرهن في السلم و فيه "إلى أجل معلوم و رهنه درعا من حديد" رقم 2252 ، و مسلم في صحيحه: باب جواز الرهن في الحظر و السفر رقم 4117.

و في البخاري عن أبي هريرة رضي ا عنه عن النبي صلى ا عليه و سلم أنه كان يقول: "الرهن يركب بنفقته، و يشرب لبن الدر إذا كان مرهونا، و على الذي يركب و يشرب النفقة".[1]

و أجمع المسلمون على جواز التعامل به في الجملة.

حكمه: جائز في السفر و الحضر، سواء كان مشروطا أو متبرعا به، و ليس واجبا لأنه وثيقة بالدين لقوله تعالى: "فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته".البقرة 283

2ـ الاستثناء: حكم نماء الرهن و زوائده.

نماء الرهن بعضه يدخل في الرهن اتفاقا و بعضه لا يدخل . فالنماء المتصل، كسمن الدابة و نماء الصغير من الحيوان فهو يتبع الرهن اتفاقا أما النماء المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون، و مثل الغلة و الولد هل يدخل في الرهن أم لا؟

فذهب أبو حنيفة و أحمد إلى أن جميع ما كان من زوائد الرهن و نمائه في يد المرتهن يكون رهنا كأصله و عمدتهم أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصول و لذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير و الكتابة و كذا الثمر و اللبن و الصوف لأنه متولد و حادث من عين الرهن فيسري إليه حكم الرهن.[2]

جاء في الهداية :"و نماء الرهن للراهن، و هو مثل الولد و التمر و اللبن و الصوف لأنه متولد من ملكه و يكون رهنا مع الأصل تابع له فيثبت له حكمه فيكون ملكا للراهن و يدخل في الرهن، لأن الأصل أن الأوصاف المستقرة في الأمهات تسري إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها".[3]

و في المغنى لابن قدامة:" و غلة الدار و خدمة العبد و حمل الشاة و غيرها و ثمرة الشجرة المرهونة من الرهن. و قال: جملة ذلك أن نماء الرهن جميعه و غلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل و إذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن و التعلم – أي في العبد - و المنفصل كالكسب و الأجرة و الولد و الثمرة و اللبن و الصوف و الشعر و قال لأنه حكم يثبت في العين

---

[1] البخاري في صحيحه:كتاب الرهن في الحظر،باب الرهن مركوب و محلوب، رقم 2512.

[2] بداية المجتهد 276/2.

[3] الهداية 235/8-240 و انظر أثر القواعد المختلف فيهاللبغا316-317.

بعقد المالك فيدخل فيه النماء و المنافع كالملك في البيع، و لأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل، و لأنه حق مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير و الاستيلاد".[1]

و بها يكون الأحناف و الحنابلة يطبقون القاعدة و يجعلون أن هذا الفرع جزئي من حكم القاعدة الكلية "التابع تابع"، و التابع لا يفرد بالحكم، و فرد من أفرادها.

و ذهب الشافعية إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل منه شيء في الرهن ،قالوا: لأنه نماء زائد على ما رضيه رهنا، فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد .

قال الشافعي في الأم: "و أصل معرفة هذا أن للمرتهن حقا في رقبة الرهن دون غيره، و ما يحدث منه - مما قد يتميز منه - غيره".[2]

فلو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج خارج عن الرهن.

و احتجوا أيضا بعموم قوله صلى ا عليه و سلم :"الرهن ممن رهنه له غنمه و عليه غرمه". و بقوله صلى ا عليه و سلم من حديث أبي هريرة الذي رواه البخاري: "الرهن مركوب و محلوب".[3]

قال الشافعي:" يشبه قول أبي هريرة –و ا اعلم- أن من رهن ذات در و ظهر لم يمنع الراهن درها و ظهرها، لأن له رقبتها، و هي محلوبة و مركوبة كما كانت قبل الرهن، و لا يمكن الراهن برهنه إياها من الدر و الظهر- الذي ليس هو الراهن- فالرهن الذي هو غير الدر و الظهر".[4]

أما المالكية فقد استثنوا هذه الجزئية من حكم كليتها رغم قولهم بالقاعدة فيما عداها كالتطبيقات السابق ذكرها.

و السبب في ذلك رجوعهم لتحكيم العرف و عمل أهل المدينة حيث كانوا يفرقون بين ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته و صورته فإنه داخل في الرهن حكما

---

[1] المغني 470/4-471.

[2] الأم للشافعي 143/3-144، بداية المجتهد 276/2 ،أثر القواعد المختلف فيها 316.

[3] ترجمة الباب:الرهن مركوب و محلوب .كتاب الرهن في الحضر.من صحيح البخاري.

[4] الأم للشافعي 143/3-144.

كولد الجارية مع الجارية قياسا على البيع فقالوا أن الولد حكمه حكم أمه في البيع فهو تابع لها بغير شرط و هنا عملوا بالقاعدة كالنماء المتصل.

و أما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل في الرهن سواء كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار و خراج الغلام.

قال في الموطأ:" إن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل و لا يرهن النخل و ليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق و لا من الدواب".[1]

و قال :" و فرق بين الثمر و ولد الجارية، أن رسول ا صلى ا عليه و سلم قال: (من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع).

قال: و الأمر الذي لا خلاف فيه عندنا، أن من باع وليده أو شيئا من الحيوان و في بطنها جنين، أن ذلك الجنين للمشتري، اشترطه المشتري أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان، و ليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه".[2]

و هو حجة أخرى قوية عند المالكية و هو عمل أهل المدينة يوضح فيه وجه القياس بين الرهن و البيع.

و مثل ذلك إخراج المالكية رهن الثمر دون الأصل من القاعدة و عمدتهم دائما جريان العرف كما هو ثابت في قوله السابق: "إن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل و لا يرهن النخل".

و شاركهم في هذا الشافعية و الحنابلة مع شيء من الاختلاف في ما لم يبد صلاحه.[3]

و خالفهم الأحناف فقالوا: إن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغير، و القبض في الرهن شرط كما هو معلوم.

قال في بداية المبتدي:" و لا يجوز رهن المتاع، و لا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل و لا زرع الأرض دون الأرض، و لا رهن النخيل في الأرض دونها".

---

[1] بداية المجتهد 267/2 ،الموطأ: القضاء في رهن الثمر و الحيوان 517.

[2] المرجع السابق.

[3] انظر: المغني لابن قدامة 470/4-471،و مغني المحتاج 124/2.

قال في الهداية: " لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان بمعنى الشائع .قال صاحب العناية، فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في الرهن وحده، لاختلاطه بغيره".[1]

و هنا تجري القاعدة التابع لا يفرد بالحكم أو التابع تابع.

المطلب الرابع : المثال الرابع: قاعدة "بيع المعدوم باطل".[2] (م205)

1- شرح القاعدة:

أصل القاعدة نص الحديث الشريف: "نهى النبي صلى ا عليه و سلم عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص في السلم".و في رواية حكيم بن حزام :"لا تبع ما ليس عندك".[3]و المراد بالمعدوم: الهالك أو المستهلك، و هو غير موجود.[4]و في الدر المختار: هو بيع ما سيملكه قبل ملكه له، إلا بطريق السلم.[5] فبيع الهالك و غير الموجود حقيقة باطل، لا يترتب عليه شيء لأن الشرط في المبيع إمكان تسليمه و قبضه، و المعدوم لا يمكن فيه ذلك.

تطبيقات القاعدة:

منه بيع النتاج أي ما سينتج من الحيوان قبل حبله إذا باع ما ستحمله هذه الفرس في المستقبل، فالبيع باطل، لأن المعقود عليه معدوم حين العقد.و منها بيع الثمرة و الزرع قبل ظهوره، لأنه معدوم.

و مثل المعدوم بيع ماله خطر العدم، فبيع الجنين في بطن أمه، و اللبن في الضرع و اللؤلؤ في الصدف باطل.

و منه ما يعد معدوما عرفا كبيع ما في الثمر من نوى و ما في القطن من حب ،لأنه باطل لأن النوى و الحب معتبر عدما هالكا في العرف، فإنه يقال هذا ثمر و قطن و لا يقال هذا نوى في ثمره و لا حب في قطنه ،هذا بخلاف الجوز و اللوز و الفستق في قشرها الأول أي الأعلى فإنه يجوز.

---

1 الهداية 8/203-205 ، أثر القواعد المختلف فيها ص 18 3.

2 المجلة المادة 205، موسوعة القواعد الفقهية 3/118.

3 رواه أبو داود في سننه: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم 3503.

4 موسوعة القواعد الفقهية 3/118.

5 المجلة 2/92 نقلا عن الدر المختار.

و من بيع المعدوم أيضا بيع ما أصله غائب، أي ما ينبت في باطن الأرض كجزر و فجل إذا كان لم يثبت أو ثبت و لم يعلم وجوده وقت البيع، فإذا علم جاز و له الخيار ، أي خيار الرؤية ، و تكفي رؤية البعض.[1]

2- الاستثناء: عقد الاستصناع.

تعريف الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: طلب العمل من الصانع.

أما شرعا:فقد اختلفت عبارات الفقهاء في هذا النوع من البيع . فقالوا: هو عقد على مبيع في الذمة. و قالوا: هو أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص، و صورة ذلك أن يطلب شخص إلى حذّاء أن يصنع له حذاء و يكون الجلد من عند الصانع، و يبين له نوع المصنوع و صفته و يتفقا على الثمن.

و قولنا: مادته من عند الصانع هو احتراز عن الإجارة فإن المادة فيها من عند المستأجر و على الأجير العمل فقط ، و قولنا على وجه خاص أي جامع لشرائط الاستصناع التي هي بيان جنس المعقود عليه و نوعه و صفته و قدره، و كونه مما جرى باستصناعه العرف. و هو احتراز عما لم يستجمع الشرائط حيث يكون استصناعا فاسدا.[2]

و الصحيح هو التعريف الأخير لأن العقد على مبيع في الذمة هو السلم و الاستصناع يختلف عنه.

قال الآتاسي:" لأن الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا ، فكان مأخذ الاسم دليلا عليه، لأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما و هذا يسمى استصناعا ، و اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل".[3]

مشروعيته:

اختلف العلماء في تكييف عقد الاستصناع و بالتالي في مشروعيته.فأجازه الحنفية فيما جرى فيه العرف استثناء من الأصل فللقاعدة العامة أن لا يشرع أصلا للنص لأنه

---

[1] المرجع السابق.

[2] انظر العرف و العادة 174.

[3] شرح المجلة للآتاسي 400-401.

بيع الإنسان ما ليس عنده و قد نهى النبي صلى ا عليه و سلم عن ذلك، و ذلك لحاجة الناس إليه و تعاملهم به استحسانا كما استثني السلم.و قد استصنع النبي صلى ا عليه و سلم خاتما و منبرا.[1]و تعامل الناس به من لدن رسول ا صلى ا عليه و سلم إلى يومنا هذا. و وجه الاستحسان الإجماع العملي و هو قاض على القياس.

و قد ذكر الحنفية في مشروعيته تفصيلا بين أن يذكر فيه أجل السلم أولا: فإن ذكر فيه أجل السلم فهو سلم مشروع بأدلة مشروعية السلم فتراعى فيه شرائطه. و إن لم يذكر فيه أجل السلم، قال أبو حنيفة و صاحباه: يجوز فيما جرى به التعامل و لا يجوز في غيره، و قال زفر: لا يجوز مطلقا، و هو مذهب الشافعي.

و اشترطوا أن يكون العرف المجوز للاستصناع عرفا عاما لأنه مخصص للنص الشرعي و قصروا الجواز على ما تعارف الناس استصناعه لأنه معدول به عن القياس.

قال في الهداية : "و لا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إن كان يعرف و إن كان لا يعرف فلا خير فيه. ثم قال: و إن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا للإجماع الثابت بالتعامل. قال صاحب العناية: فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير و القياس يترك بمثله كدخول الحمام".[2]

لكن الأستاذ أبو سنة بين في كتابه العرف و العادة أن ما جرى في عرف الناس في أي زمان يجري عليه حكم الاستصناع قال:

"الفقه أن ما جرى به العرف صح استصناعه كالخفاف و الأحذية و الأواني و أثاث المنزل و عدة الحرب و الثياب، و أما تصريح فقهائنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا

---

[1] رواه البخاري:كتاب الإيمان و النذور، باب من حلف على الشيء، بسنده إلى ابن عمر رضي ا عنهما و لفظه "أن رسول ا صلى ا عليه و سلم استصنع خاتما من ذهب رقم 6651 ، و أخرجه النسائي و أحمد.

[2] الهداية 5/354-355 . و انظر: أثر الأدلة المختلف فيها 308.

التعامل بين التجار و الصناع في البلدان و يشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاما لأنه قاض على الدليل الشرعي".[1]

أما غير الحنفية من المذاهب المعتمدة: المشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة هذا العقد لكن أجازوه بشروط و ألحقوه بالسلم.

فالمالكية ألحقوه بالسلم و اشترطوا فيه ما يشترط في السلم من وجوب دفع الثمن مقدما و تأجيل السلعة إلى أجل معلوم، و عدم تعيين مادة الصنعة و لا صانع بعينه، فإذا قال مثلا للصانع اصنع لي أبوابا صفة خشبها كذا أو ثوبا صفة غزله كذا وصفة صنعها كذا و كذا بثلاثة شروط:

1- أن لا يعين خشبا أو غزلا بعينه، كأن يقول من هذا الخشب الموجود عنده و يعينه، لأن السلم لا يكون في شيء بعينه و لكن في الذمة.

2- عدم تعيين الصانع الذي ينفذ العمل، لأن تعيينه يؤدي إلى الغرر فقد يتعذر عليه فيقوم مقامه غيره.

3- تعجيل الثمن و تأجيل السلعة إلى أجل معلوم لأن في تأجيل الثمن لأجل بعيد يصير دينا بدين.

جاء في الشرح الكبير : "يجوز الشراء من الحداد و النجار و الحباك، و هو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم من تعجيل رأس المال، و ضرب الأجل، و عدم تعيين العامل و المعمول منه و كذلك استصناع السيف و السرج سلم، كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفا أو سرجا كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال و ضرب الأجل و أن لا يعين العامل و لا المعمول منه".[2]

و أجازه أشهب من المالكية مع تعيين الصانع و السلعة المصنوع منها كما قالوا فيمن استأجر بناء يبني له بيتا و المواد من عند لصانع.[3] و هو الأرفق بالناس.

و كذا الأمر عند الحنابلة فيما يمكن ضبطه و الإحاطة به أجازوه من باب السلم و إلا فلا يجوز.

---

[1] العرف و العادة 176.

[2] الشرح الكبير و حاشية الدسوقي 217/3.

[3] انظر المرجع السابق و التاج و الإكليل 539/4.

جاء في المغني : " و يصح السلم في النشاب و النبل، و قال القاضي: لا يصح السلم فيهما لأنه يجمع أخلاطا من خشب و عقب و ريش و نعل ، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة.

قال: و لنا أنه مما يصح بيعه و يمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا فصح السلم فيه، كالخشب و القصب و ما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه و الإحاطة به، و لا يتفاوت كثيرا، فلا يمنع، كالثياب المنسوجة من جنسين.

و قال: إذا ثبت هذا فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حلالا في الذمة صح و معناه معنى السلم و إن افترقا في اللفظ".[1]

أما الشافعية فمنعوا الاستصناع فيما لا ينضبط مقصوده بأن يجمع أجناسا مختلفة لا يعلم مقدار كل واحد منها، بخلاف ما انضبط مقصوده بأن كان من جنس واحد كالثوب من غزل أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما و اشترطوا تسليم رأس المال في المجلس لأنه سلم.

قال الشافعي رحمه ا مبينا ما يجوز من ذلك و ما لا يجوز:

"و لا بأس من أن يسلفه في طست أوتور[2]من نحاس أحمر أو أبيض أو رصاص أو حديد و يشترطه بسعة معروفة و مضروبا أو مفرغا، و بصفة معروفة و يصفه بالثخانة أو الرقة و يضرب له أجلا، و إذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة و الشرط لزمه و لم يكن له رده.

و قال :و لا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة، و ذلك أنه لا يضبط وزن حشوها و لا صفته و لا يوقف على حد بطانتها و لا تشترى هذه إلا يدا بيد.

و لا بأس أن يبتاع منه صحافا أو قداحا على نحو معروف و بصفة معروفة و قدر معروف من الكبر و الصغر و العمق و الضيق، و يشترط أي عمل و يشترط جنس قواريرها و رقته و ثخانته، و لو كانت القوارير بوزن مع الصفة كان أحب إلي و أصح للسلف و كذلك كل ما عمل و لم يخلط بغيره".[3]

---

[1] المغنى 340/4.

[2] إناء كان معروفا لديهم.

[3] الأم للشافعي 116/3 و انظر أثر القواعد المختلف فيها 310.

و يصح عنده حالا و إلى أجل لأنه سلم و السلم عنده لا يشترط فيه الأجل.

و عليه نجد أن عقد الاستصناع في المذاهب الثلاثة - على الصفة التي اشترطها كل واحد منهم - جائز من حيث أنه عقد سلم بشروطه و أدلته.

هذا وقد أصبح لعقد الاستصناع أهمية عظيمة في عصرنا هذا إذ انتشرت الصناعات و عمت المصانع و تنوعت الحاجة إليها فالمعاملة مع أصحاب المصانع و الشركات و الصفقات التي تعقد معها على أنواع المصنوعات أساسها عقد الاستصناع و كذا المنشآت العمرانية و المجمعات السكنية و غيرها التي تنفذ بموجب مخططات و خرائط يتفق عليها فأصبحت الحاجة ماسة إليه و لا يمكن فصله عن الحياة.

ملحق بالبحث:

نماذج من تعديل صياغة القواعد الفقهية

و فيه ما يلي:

تمهيد:

القاعدة الأولى : "الجواز الشرعي ينافي الضمان". (م91)

القاعدة الثانية : "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد". (م93)

القاعدة الثالثة : "يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا". (م69)

القاعدة الرابعة : "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه". (م96)

القاعدة الخامسة : " الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته". (م 11)

القاعدة السادسة : "الأصل في الصفات العارضة العدم". (م9)

القاعدة السابعة : "المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة". (م84)

القاعدة الثامنة : "التابع لا يفرد بالحكم". (م48)

القاعدة التاسعة : "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه". (م100)

تمهيد:

رأيت أن أختم هذا البحث بما وجدته مبثوثا في الكتب المعاصرة للقواعد الفقهية ضمن الشروح لمختلف القواعد، خاصة في المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا ،و كذا في شرح القواعد لوالده أحمد الزرقا من الإشارة أحيانا لتعديل قاعدة ما ،و كان الغرض دائما تقليص مستثنيات القاعدة ،و بالتالي استيعابها لعدد أكبر من الفروع، من ثم ارتقاؤها في سلم الكلية و قوة دليليتها ؛ لأنه كما رأينا في بدايات البحث أن أعظم ما وقف عائقا أمام قوة دليلية القاعدة هو قولهم بأغلبيتها لخروج بعض المستثنيات منها.

و ما دام بحثنا في الاستثناء في القواعد الفقهية فإنه من المناسب، بعد أن شخصنا ما يمكن أن يعد خللا و بحثنا أسبابه، أن نعرج على سبل التخلص من النقص، أو التخفيف منه على الأقل. لذا سوف أتعرض في هذا الملحق لمجموعة من القواعد بصيغها المعروفة، و هي متقاربة في جميع كتب القواعد المتوفرة بين أيدينا اليوم، معتمدة

الصيغة الواردة في مجلة الأحكام، ثم أذكر الصيغة المعدلة المقترحة، و آثار هذا التخريج الجديد على مشتملات القاعدة.

و لا ريب أن القواعد الفقهية ، شأنها شأن غيرها من العلوم ، تصنف ابتداء على النحو الذي وصل إلينا و نراه اليوم في كتب القواعد و مصنفاتها المختصة بهذا الفن. و بنظرة بسيطة إلى صيغة القاعدة الفقهية من لدن المتقدمين، و تتبعنا تطورها التاريخي، يبدو واضحا لنا اختلاف عبارة القاعدة و صيغتها في كتب المتقدمين عنها في كتب المتأخرين، و هذا ما يعكس التطور و الصقل الذي تعرضت له حتى وصلت إلينا في هذه العبارة الدقيقة و الشاملة لعدد لا يحصى من الفروع الفقهية.

و تفصيلا لهذا ، و دون الغوص في نشأة و تطور القاعدة ، فهو بحث يطول و ليس هنا مجاله[1]، نقول إن القواعد الفقهية بدأت كلمات جامعة مبثوثة في كتب الأقدمين تعليلا للأحكام في أغلب الأحيان ، و استنباطا ذكيا قائما على الربط بين طائفة من المسائل، و لا أقول مما ورد على لسانه الشريف صلى ا عليه و سلم من جوامع الكلم و لا من نصوص الكتاب العزيز، و هما المصدر الأول للشرع ،و قد بينا ذلك في مصادر القاعدة و ذكرنا نماذج لذلك، و عدت أساسا للقواعد الفقهية و أصول الشرع كافة.

إنما نقصده هنا تطور علم من العلوم بناء على اجتهاد و نظر و استقراء العلماء احتاج فترة زمنية ليست بالقصيرة، نما فيها الفقه و ازدهت فروعه و نضجت مباحثه و هنا لا ريب يبحث فيه بعد عهد النبي صلى ا عليه و سلم يتلمس في آثار العلماء و اجتهادهم في استخراج أحكام الوقائع و الأحداث بناء على ما يستنبطونه من كتاب ا و سنة رسوله صلى ا عليه و سلم.

و تعتبر الكتب الفقهية هي المصادر الأولية و المراجع الأصلية التي استخلص منها المدونون تلك القواعد وجمعوها في كتب مستقلة .

---

[1] انظر في نشأة و تطور القاعدة الفقهية: قواعد الندوى 90 - 158 فهناك تفصيل لمراحلها مع التعرض لتطور القاعدة في كل مذهب، و مبحث المسار التاريخي للقاعدة الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين ص 298 و ما بعدها.

إنما نعد بدايات نشأة هذا العلم من عهد الصحابة رضوان ا عليهم فنجد في عبارات الصحابة ما يعد مشاريع لقواعد هي بين أيدينا اليوم بصيغة المبادئ الدستورية كما وصفها الزرقا رحمه ا في تعريف القاعدة .

فنجد مثلا قول سيدنا عمر:"من أخذ من الثمر شيئا فليس عليه قطع حتى يؤديه الجرين".[1]

و قوله: "إنني أنزلت نفسي من مال ا بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت"[2]،التي صاغها الإمام الشافعي فيما بعد بقوله: "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم"، و هذا أصل القاعدة التي بين أيدينا اليوم:"تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"[3]،و هذا نموذج جيد لتطور القاعدة.

و منها قول علي رضي ا عنه: "ليس على صاحب العارية ضمان"[4]،و هي أصل في القاعدة التي بين أيدينا اليوم: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".(م91 من المجلة)

و قوله رضي ا عنه : " إذا ساق الرجل دابته سوقا رقيقا فلا ضمان عليه و إذا أعنف في سوقها فأصابت فهو ضامن "[5]، و هي أصل لقاعدة " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".(م94)

ثم نجد في كتب أئمة المذاهب كما وفيرا و مادة غزيرة في هذا الباب خاصة كتاب الخراج لأبي يوسف و الأم للشافعي.

فمن أمثلة ما ورد على لسان الإمام الشافعي رضي ا عنه و التي أخذت مكانها في كتب القواعد قوله: "لا ينسب إلى ساكت قول قائل، و لا عمل عامل و إنما ينسب إلى كل قوله و كمله"، و قوله "فلا ينسب الذي لم يرد عنه إلى خلافه، و لا موافقه ، لأنه إذا لم يقل لم يعلم قوله، و لو جاز أن ينسب إلى موافقته جاز أن ينسب إلى خلافه"[6]، و

---

[1] - الخراج لأبي يوسف 173 . و انظر: قواعد الباحسين 299.

2- السيوطي في الأشباه ص92.

3- المصدر السابق.

1- المصنف لعبد الرزاق 179/8 و انظر : قواعد الباحسين 380.

2- المصنف لابن أبي شيبة 259/9.

3- الأم 152/1.

كانت هذه الأقوال أساس القاعدة الفقهية: "لا ينسب إلى ساكت قول"(م97) ثم زادها العلماء إيضاحا بالزيادة المعروفة : "و السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".

و قد نسبت إليه قاعدة: "إذا ضاق الأمر اتسع"[1](م18) هي أصل القاعدة "المشقة تجلب التيسير"(م17)، و كذا "الحاجة لا تحق لأحد أن يأخذ مال الغير"[2]،و هي قاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير".(م33) من المجلة.

غير أن كتاب الخراج لأبي يوسف يشكل حلقة قوية في سلسلة هذا العلم و يعتبر بحق أقدم مصدر له لما حوى من عبارات فقهية رشيقة تتسم بسمات القواعد من حيث شمولها. و أسوق بعض الأمثلة كنماذج لأن المقصود في هذه العجالة ربط القواعد التي بين أيدينا بأصولها حتى نتعرف على مدى التعديل الذي تعرضت له القاعدة عبر مراحل تطورها.

لنأخذ مثلا قوله: "ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف".[3]

و هي نظير القاعدة "لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف".[4]

و بينهما عموم و خصوص، إذ عدلها الأستاذ الزرقا فأخرجها من كونها خاصة بالإمام إلى العموم.

و قوله: "ليس لأحد أي يحدث مرجا في ملك غيره، و لا يتخذ فيه نهرا و لا بئرا و لا مزرعة إلا بإذن صاحبه، و لصاحبه أن يحدث ذلك كله".

و هذه نظير القاعدة المدونة في مجلة الأحكام العدلية بعد الصقل و التطوير و التعديل و التي تقول: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه".(م96)

و كما نلاحظ في التعديل هنا جعل القاعدة أشمل إذ قاعدة الخراج تفيد الحظر على التصرف الفعلي، في حين أن قاعدة المجلة يتسع نطاقها إلى منع التصرف القولي مع الفعل.

4- المنثور للزركشي 120/1-121.

2 - الأم 77/2.

1- الخراج 71 . و انظر: القواعد للندوي 94.

2- المدخل الفقهي 982/2.

هكذا في كل طبقة وجد من العلماء من تميز في استدلالاته و تعليلاته للأحكام بذكاء في ربط المسائل و حسن صياغتها تعرضت من خلاله القاعدة لجهود متتابعة صقلت العبارة و عممت المفهوم. إلى بداية عهد التدوين حيث ظلت القاعدة تعوزها الصياغة القويمة.

ثم كانت معظمها قواعد مذهبية تنسجم مع مذهب دون آخر و لكل مذهب قواعده. و نضرب لذلك مثالا حيث نجد في أصول الإمام الكرخي الحنفي و هو من أوائل ما ألف في هذا العلم مستقلا قوله:" الأصل: أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به و لا يصدق على إبطال حق الغير و لا بإلزام الغير حقا". فإذا قارناها بالصياغة الحديثة لنفس الأصل ندرك الفرق بين هذه القواعد و أصولها و هذا الأصل يمثل القاعدة المشهورة: "الإقرار حجة قاصرة"م78.

ثم استقرت القاعدة في العهد العثماني حيث وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد.

و رغم الصيغة العلمية التي وصلت إليها القاعدة، و الصياغة الرشيقة التي تميزها، لازالت قرائح العلماء تجود بقوالب جديدة و نظر و تقليب مستمر من تقييد لمطلق أو حذف أو إتمام أو تعديل عبارة ترتقي به القاعدة إلى شمولية أكبر و دقة أكثر.

و هذه نماذج جمعتها مما تناثر في مختلف شروح القواعد الفقهية كنماذج لهذا التعديل و الذي فعلا تقلص حجم إشكال الاستثناءات في القواعد الفقهية:

القاعدة الأولى: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".(م91)

و معنى القاعدة أن الإنسان لا يترتب عليه ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئا إذا كان ذلك منه جائزا شرعا، لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه و إلا لم يكن جائزا.

و عليه لو حفر إنسان في ملكه الخاص حفرة فتردى فيها حيوان لغيره فإنه لا يضمنه، بخلاف لو حفرها في طريق عام فإنه عندئذ متعديا على حق العامة فيضمن الضرر.

لكن هذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازا مطلقا، فلو كان الجواز مقيدا فإنه لا ينافي الضمان، و لذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذ أكله لدفع الهلاك عن نفسه من أن أكله واجب لا جائز فقط و ذلك لأن هذا الجواز مقيد شرعا بحفظ حقوق الغير، و كذا يضمن قائد الدابة و راكبها في الطريق العام، و إن كان جائزا فهو مقيد بشرط السلامة من كل ما يمكن التحرز منه.

و بهذا التخريج تقل مستثنيات هذه القاعدة، فإن الشراح يعدون هذين الفرعين و أمثالهما من المستثنيات، و عليه ينبغي أن تصاغ القاعدة كما يلي : "الجواز الشرعي المطلق في الضمان".[1]

فبإضافة كلمة "المطلق" تقييد و تضييق لمفهوم القاعدة حتى يخرج منها كل ما كان جائزا شرعا بشروط.

القاعدة الثانية: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".(م93)

و معنى القاعدة أن المتلف أو فاعل ما يفضي و يوصل إلى الضرر إما أن يكون مباشرا أو متسببا في ذلك الضرر، فالمباشر للفعل الضار الذي ينتج عنه ضمان يعد ضامنا تعمد أم لم يتعمد و هذا ليس موضوع قاعدتنا.

أما المتسبب فهو ما لا يصلح بانفراده علة مستقلة للإتلاف، هنا ينظر إلى الفعل الذي تسبب في الإتلاف، أهو فعل مباح للفاعل أم غير مباح؟ فإن كان غير مباح له وجب الضمان عليه مطلقا، تعمد الإضرار أم لم يتعمد، لأن قيام الاعتداء يقوم مقام قصد الإضرار، فيعتبر متعمدا حكما فيضمن كالذي حفر بئرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر فسقط فيها رجل فمات، فإنه يضمنه مطلقا.

و إن كان الفعل مباحا له نظر: إن تعمد الإضرار بالآخرين ضمن و إلا فلا، مثال ذلك رجل له جدار مائل على الشارع، تهدم و قتل إنسانا مارا في الشارع فإن أشهد عليه بذلك ضمن، لقيام ذلك مقام قصد الإضرار حكما، و إن لم يشهد عليه لم يضمن، لعدم التعدي.[2]

1- المدخل الفقهي 1045. 1046 ج2.

1- انظر شرح القواعد للزرقا 955، و انظر: شرح المجلة 256/1-258 المادة 93.

و يرى الدكتور أحمد حجي الكري أن مناط الضمان في حالتي التسبب و المباشرة هو التعدي فقط دون التعمد و عدمه، إلا أن التعدي في حالة المباشرة موجود في كل صورها فأنيط الحكم بها مباشرة، أما حالة التسبب، فإن التعدي قد يكون فيها و قد لا يكون، و يعلل ذلك بأن الفقهاء يفرقون بين متسبب متعد في السبب، و متسبب غير متعد فيه ،فألزموا بالضمان المتسبب المتعدي مطلقا تعمد الإضرار أم لا، أما المتسبب غير المتعدي فلم يلزموه بالضمان – و أيضا فإن الشراح يخرجون هذه الحالة من القاعدة استثناء- إلا إذا تعمد الإضرار فعلا، لأنه ما لم يتعمد الإضرار غير متعد فلا يضمن، فإذا تعمد الإضرار بفعله المباح له أصلا، اعتبر متعديا بذلك لتعسفه في استعمال حقه فلزمه الضمان لذلك ، و لكي يجنب القاعدة هذا اللبس ويدخل فيها ما ليس من مفرداتها اقترح أن تكون صياغتها كالآتي:(المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي) بدلا من التعمد لئلا يتوهم أحد أن التعمد موجب للضمان لغير التعدي.[1]

القاعدة الثالثة: "يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا".(م69)

و شرح القاعدة أنه ينسب حكم الفعل إلى الفاعل، لأن الشارع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها ، و يقتصر عليه إذا كان عاقلا بالغا، و لم يصح أمر الآمر، و هذه القاعدة تقرير للقاعدة الأخرى و هي:"إذا اجتمع المباشر و المتسبب أضيف الحكم إلى المباشر".

و معناها، أنه لو أمر إنسان إنسانا آخر بالقيام بالاعتداء على ثالث فضمان آثار الاعتداء يكون على الفاعل لا الآمر، ذلك أن الفاعل المباشر للاعتداء و الآمر متسبب فيه، أو هو دون المتسبب في بعض الأحوال و لهذا يكون الضمان على المباشر دونه. اللهم إلا أن يكون الآمر مكْرِها[2]للفاعل على الفعل إكراها حقيقيا فعندها يضمن الآمر دون الفاعل، لأن الفاعل يكون كالآلة في يد الآمر فيكون الآمر بذلك مباشرا للاعتداء فيضمن.

هذا و يلحق بالإكراه الحقيقي الإكراه الحكمي، و التعزير و ذلك كأن يأمر بالغ عاقل صغيرا قاصرا أو مجنونا بالاعتداء على مال ثالث، فإن الضمان يكون على الآمر لأن

2-انظر: المدخل الفقهي لأحمد حجي الكردي 112- 113.

1- الإكراه: له ضوابطه و أنواعه و أحواله و لكل منها حكم خاص في الضمان و عدمه.

الصغير في يد البالغ كالآلة فيكون كالمكره، و كذلك إذا كان الآمر سلطانا، فإن الضمان يكون عليه، لأن أمره إكراه حكما لسلطانه، و كذلك إذا قال بالغ لآخر، افتح لي في هذا الجدار نافذة ففتحها ظانا أن الجدار له فإذا به لغيره، فإن الضمان على الآمر، بخلاف ما لو قال له: (احفر) دون أن يقول (لي) فإن الضمان على الفاعل، فإذا كان الآمر ساكنا الدار كان غارا مطلقا و الضمان عليه إلا أن يعلم الفاعل أن الجدار ليس للآمر.[1]

لهذا فقد اقترح الأستاذ مصطفى الزرقا ضبط هذه القاعدة بضابط آخر يجعلها أكثر شمولا لمدلولاتها فتصبح(يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا أو مغررا) و اقترح الدكتور أحمد حجي الكردي إضافة ضابط آخر إليهما يجعلها أكثر وضوحا فتصبح (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مغررا أو مجبرا حقيقة أو حكما) و ذلك ليدخل فيها حالة أمر السلطان أحد مواطنيه، أو أمر الكبير للصغير و المجنون ، و بهذا تصير القاعدة أكثر شمولا.[2]

القاعدة الرابعة: " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه".(م96)

و شرح القاعدة أنه لا يجوز لأحد ـ أي لا يحل له و لا يصح منه ـ أن يتصرف تصرفا فعليا في ملك الغير، سواء كان خاصا أو مشتركا بلا إذنه ، سابقا منه أو إجازته لاحقا، لأن الإذن السابق توكيل، و كذا إذا غصبت عين فالواجب ردها إن كانت قائمة و ضمانها إن تلفت فإذا لحقتها إجازة المالك و كانت العين قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة و إن كان إتلافا فهو مضمون بكل حال لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

و إن كان التصرف قوليا كبيع الفضولي فيفسر عدم الجواز بعدم النفاذ لأن تصرف الفضولي يتوقف عقده على إجازة المالك فله الخيار في قبولها أو رفضها.[3]

و قد صاغها الدكتور مصطفى الزرقا في المدخل بحذف الضمير أي: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن"، قال: ليشمل إذن المالك و إذن الشارع كما قد يكون مصدر الإذن الشرع أو العرف، كما لو ذبح الراعي شاة أصيبت و لا ترجى

2- انظر شرح القواعد للزرقا 443 و ما بعدها و شرح المجلة المادة 90 و المدخل للكردي 114-115.

[2] - انظر:المدخل الفقهي للكردي 114- 115.

2-انظر شرح القواعد للزرقا بتصرف 461-462.

حياتها فإنه لا يضمن لتعارف الناس على ذبحها في هذه الحال دون إذن مالكها لضرورة الموقف.

و نفاذ تصرف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذون به شرعا لأنه مستند إلى ولاية.[1]

و أراد الدكتور الندوي أن تكون العبارة أكثر إيضاحا فقال:

" فالأولى أن يقال: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن مع زيادة أو (إباحة من الشرع) ،لأن هذا التعبير أوفى و أشمل، يدخل فيه إذن الشرع أو العرف، ثم إنها تحتاج إلى إضافة (أو بولاية) حتى تكون القاعدة أكثر جمعا للفروع و يقل عدد المستثنيات منها".[2]

لكني أرى أن تنكير لفظة "إذن" بحذف الضمير كاف في أن تستوعب القاعدة بعموم هذه الكلمة إذن الشرع و العرف و الولاية، لأنها مستندة إلى الشرع كما أوضح الزرقا .

هذا من ناحية قوة الاستيعاب و الشمولية، و من ناحية ثانية حفاظا على رشاقة العبارة التي بها تتميز القاعدة، و ا اعلم.

القاعدة الخامسة:" الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته".(م 11)

كثيرا ما تختلف أحكام الحوادث و نتائجها باختلاف تاريخ حدوثها،فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، و انفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك.فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن و في الأبعد مشكوك، و لا يترك اليقين للشك. و قد سبق شرحها و التمثيل لها لكن أضيف هنا ما اقترحه الفقهاء من قيود تعديلا للقاعدة و تضييقا لمجال استثنائها.[3]

و لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة، لأنها مقيدة في نظر الفقهاء بـ " أن الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقص أمر ثابت" .

3- انظرالمدخل ج2 ص1040-1041.

1- القواعد الفقهية للندوي 158.

[3] انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا 125،و شرح المجلة 29/1-32.

فقد نقل عن العلامة علي حيدر أفندي في شرحه عن الفتاوى الولواجية في كتاب الدعوى ما نصه :

"الأصل في الحوادث التي يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقص ما هو ثابت، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، و الثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت".[1]

و تتضح فائدة هذا القيد من مستثنيات هذه القاعدة، لأن معظم تلك المستثنيات إنما خرجت عن القاعدة لأن تطبيقها عليها يستلزم نقص ما هو ثابت مقرر.

فلو أخذنا مثلا: اشترى إنسان شيئا ثم جاء ليرده على البائع لعيب فيه بعد أن استعمله استعمالا يفيد الرضا به معيبا فقال البائع: استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقك في الرد، و قال المشتري: إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب. فالقول للمشتري مع يمينه مع أن القاعدة تقتضي أن القول للبائع لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته. و وجه كون القول للمشتري في أن استعماله للمبيع كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده .إن خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة فيتقرر بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقينا، لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقينا، لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه إلى أن يقوم الدليل بخلافه، و دعوى البائع هنا بسقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المقرر ، فلو حكمنا بقوله بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت.[2]

القاعدة السادسة: "الأصل في الصفات العارضة العدم".(م9)

جاء في الأشباه للسيوطي:

"الأصل في الصفات العارضة العدم، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود حتى يقوم الدليل على خلافه"[3].

---

[1] المدخل الفقهي العام 954/2.

2- شرح القواعد للزرقا 129.

3- الأشباه للسيوطي63-64.

فالصفات بالنسبة إلى الوجود و العدم على قسمين:

الأول: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا و عارضا بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خاليا عنها غالبا، و هذه تسمى الصفات العارضة ،و الأصل فيها العدم، و مثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود و الأفعال.

ثانيا: الصفات التي يكون وجودها في الشيء، مقارنا لوجوده فهو مشتمل عليها بطبيعته غالبا، و هذه تسمى الصفات الأصلية، و الأصل فيها الوجود كبكارة الجارية و الصحة في العقود بعد انعقادها، و يلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما، فالأصل فيها حينئذ البقاء.

مثال ذلك: لو اشترى إنسان من آخر سلعة، ثم ادعى المشتري أن في السلعة عيبا قديما لم يقبل قول المشتري حتى يثبته ببينة ، لأن الأصل خلو المبيع من العيب لأنه صفة عارضة.

و منها لو اختلف البائع و المشتري في قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر و المستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة ، فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك ، لأن الأصل عدمه.[1]

هذا نص القاعدة في المجلة، لكن الكثير من الفقهاء يعبرون في تعليلاتهم بلفظ "الأمور" بدلا من "الصفات"، و هذا هو المراد بالقاعدة ،فإنه لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون و المرض و العيوب، بل تشتمل الأمور المستقلة كالعقود و الإتلافات كما في المثال السابق.

و مثله لو تبايع اثنان فادعى أحدهما بعد ذلك أنه اشترط في العقد لنفسه الخيار و يريد الفسخ و الرد و أنكر الآخر هذا الشرط فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه، و ذلك لأن الاشتراط أمر عارض، فالحالة الطبيعية الأصلية في العقد هي خلوه عن الشروط الزائدة فيكون عدمها هو المتيقن و وجودها مشكوك فيه و يحتاج إلى إثبات.[2]

1- انظر:شرح القواعد للزرقا،الأشباه و النظائر لابن نجيم 92-93،و السيوطي 62-63،و شرح المجلة27/1-28.

2- المدخل 955/2-956.

و لهذا فصياغة القاعدة بلفظ الأمور تكون على النحو التالي :" الأصل في الأمور العارضة العدم " و بالتالي تكون أكثر شمولا بعموم لفظ الأمر.

القاعدة السابعة: "التابع لا يفرد بالحكم".(م48)

هذه القاعدة ناطقة بمفهوم المخالفة لقاعدة التابع تابع، و هي تبين أن التابع لا يجوز إفراده بحكم مستقل غير حكم متبوعه، و هو في حكم المعدوم لعدم استقلاله بنفسه.

هذا إذا كان جزءا من متبوعه، فإذا لم يكن جزءا منه كأكاف الحمار، و ثياب العبد، جاز إفراده بالحكم.

فحمل البقرة تبع لأمه يدخل في بيعها تبعا بغير نص عليه في العقد بموجب القاعدة ،فلا يجوز بيعه منفردا و كذا حق الشرب، بدون الأرض،و حق المرور بدون الدار...و الأمثلة كثيرة.

لكن يذكر الشراح أن هذه القاعدة مضطربة التطبيق و الفروع؛ لأن صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها و لذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة.

و الظاهر: أن التابع الذي هو من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلا في العقود، أي معقودا عليه بخصوصه.

فبيع العضو من الغنمة و هي حية باطل و لو ذبحت بعد ذلك و أمكن فصله، و بيع جنين الدابة الحامل دون أمه باطل، و استثناؤه من بيع أمه يعتبر شرطا مفسدا للبيع.

أما فيما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن أن يفرد بالحكم.

فمثال من ضرب بطن الحامل فأسقطت جنينها ميتا يضمن الضارب ديته تعتبر من مستثنيات القاعدة[1]، لكن لو أضفنا إلى القاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم ما لم يكن مقصودا" يصير فردا من أفرادها. و لو كان تابعا بغير قصد، لما أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقا[2].

و كذا يجوز بيع المفتاح دون قفله، و الرص دون دابته، و إن كانا يدخلان في البيع تبعا لها إذا لم يذكر في العقد، و لكن إذا قصد بهما العقد جاز ، و لا يعتبران توابع لا تفرد بحكم.

2- انظر شرح الزرقا 258.

1- المدخل 1003/2-1007.

القاعدة الثامنة:"من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه".(م100)

الأصل في هذه القاعدة ما نقل عن سيدنا عمر رضي ا عنه أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها ، بأنها تحرم على هذا الزوج الثاني إن دخل بها حرمة مؤبدة ، معاملة لها بنقيض مقصودها بمقتضى السياسة الشرعية في الزجر و سد الذرائع.

ذلك لأن ا سبحانه و تعالى خلق الأشياء و أناط بها أحكاما و جعل لهذه الأحكام شروطا و أوقاتا لا تبثّ الأحكام إلا باستكمالها و حلولها ،فالصلاة لا تصح قبل وقتها ،و الميراث لا يثبت إلا بعد موت المورث ، و هكذا...فإذا ما حصل إنسان السبب المؤدي للحكم قبل حلول وقته بقصد الوصول إلى الحكم المراد مبكرا فهل يجاب إلى طلبه و يحكم له بالذي قصد إليه؟

فالقاعدة تقول :"من استعجل الشيء" الذي وضع له سبب عام مطرد ،و طلب الحصول عليه "قبل أوانه" أي قبل وقت حلول سببه العام،و لم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع،بل عدل عنه و قصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان "عوقب بحرمانه" لأنه افتأت و تجاوز .

و الأمثلة في ذلك متعددة نذكر منها :

ـ الموت سبب الإرث في الشرع ، فإذا أسرع الوارث في تحصيل السبب فقتل المورث،فإنه يحرم من الإرث عقوبة له على إسراعه ذلك.

هذا ما دام القتل بغير حق، كمن قتله بحق الدفاع عن النفس أو إقامة الحد.

و كذا القتل المانع من الإرث يمنع من الوصية.

ـ الطلاق البائن قاطع للزوجة و مانع من إرث الزوجة من زوجها فإذا طلّق رجل زوجته بائنا في مرض موته فرارا من استحقاقها الإرث بعد وفاته عوقب بنقيض قصده و حكم لها بالإرث من تركته ما دامت في عدتها عند و فاته.

غير أن هذه القاعدة غير مطّردة و لها استثناءات كثيرة ،بل إن المستثنيات من الأحكام أكثر مما هو منضبط بها ،فمن ذلك مثلا:

ـ إن أم الولد تعتق بموت سيدها،فإذا قتلت سيدها فإنها تعتق أيضا.

ـ من المقرر أن الديون المؤجلة تحل بوفاة المدين،فإذا قتل الدائن المدين ليحل دينه،حل دينه أيضا.[1]

و يوجه الدكتور أحمد حجي الكردي في المدخل الفقهي هذه الاستثناءات بقوله :

" و ضابط المستثنيات في ذلك:أن الأحكام هذه كلها هي مصالح غالبة مقصودة للشارع،و لهذا لم يؤثر فيها القصد المخالف و استعجال السبب كالعتق و وفاء الدين".[2]

لذلك قال السيوطي بعد التعرض لشرح القاعدة و التطبيق عليها:

"إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصورة الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها".

ثم قال: "و كنت أسمع شيخنا قاضي القضاة علم الدين البلقيني يذكر عن والده أنه زاد فيالقاعدة لفظا لا يحتاج معه إلى الاستثناء فقال:(من استعجل شيئا قبل أوانه و لم يكن لمصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه)".[3]

فبهذه الصيغة تدخل المستثنيات السابقة ضمن أفراد القاعدة.

لكن رغم وجود المصلحة في الأمثلة السابقة غير أنها لا تبرر العمل غير المشروع و سوء النية المبيتة .

و هذا الذي لاحظه الدكتور مصطفى الزرقا و صاغ القاعدة بصيغة أخرى ركز فيها على ملاحظة سوء النية و التذرع للعمل الذي فيه مصلحة ظاهرا بعمل غير مشروع فقال: يلاحظ على هذه القاعدة أن صياغتها التقليدية التي أتت بها المجلة تضيق نطاق القاعدة فتقصره على سوء القصد المرتبط بالاستعجال ، بينما حقيقة القاعدة أوسع من ذلك بكثير ، إذ تشمل كل التصرفات التي تقوم على سوء النية و القصد، و لو تذرع لها الشخص بوسائل مشروعة، طالما كان هدفه الوصول إلى نتيجة ممنوعة .

قال:فإن الأمثلة تشترك جميعها في وجود سوء نية من الشخص المتصرف و في عقوبته برد قصده عليه فأوجب الفقه معاملة بنقيض ما قصده حماية للأحكام الشرعية من أن يتلاعب بها المكلف فيحولها عن قصدها التي شرعت لأجلها و يسيء بذلك إلى غيره ،و هذا في الحقيقة هو روح هذه القاعدة التي جاءت صياغتها قاصرة و أضيق

---

[1]- انظر :شرح القواعد للزرقا 471و ما بعدها.

2-المدخل لأحمد حجي الكردي 24- 25.

3- الأشباه و النظائر 104.

من هدفها التشريعي الشامل ،لذا أقترح إحدى الصيغتين:(يعامل سيئ النية في التصرف بنقيض قصده) أو (من قصد بتصرفه غرضا غير مشروع عومل بنقيض مقصوده).

و من الاجتهاد المالكي في هذه القاعدة: أن من طلق امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها ثم طلقها من غير أن يمسها ،أنه إن قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها،لا تستأنف عدة جديدة بل تبني على ما مضى من عدتها.[1]

و في هذا السياق فتوى المولى أبي السعود التي صدرها أمر سلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله قطعا لما يلجأ إليه بعض المدينين من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين ، وهذا معاملة للمدين سيئ النية بنقيض قصده.[2]

الخاتمة: النتائج و التوصيات

[1] انظر:المدخل للزرقا ،نظرية التعسف في استعمال الحق ص 262.

2- المدخل 1059- 1061 بتصرف.

بعد الانتهاء من عرض فصول هذا البحث في الاستثناء في القواعد الفقهية العامة و قد وضحت أسبابه و فصلت مسائله فإنني أضع في هذه الخاتمة أهم النتائج التي وقفت عليها من خلال بحثي هذا و التوصيات التي أراها مناسبة لتوظيفه و تطويره:

1 - تبين لنا من خلال البحث في مفهوم القاعدة الفقهية أن العلماء عند تعرضهم لتعريف القاعدة الفقهية قد وقعوا في اختلاف و اضطراب ناتج عن الخلط بين تعريف القاعدة بمفهومها التجريدي العام و بين القاعدة الفقهية باعتبارها علما على فن معين.

و الخلاصة أن القاعدة بمفهومها التجريدي العام هي : القضية الكلية : و هو مفهوم مشترك للقاعدة في جميع العلوم.

أما القاعدة الفقهية بمفهومها الخاص و الذي استخلصناه بعد أن تعرضنا لجملة ما كتبه الباحثون - القدامى و المعاصرون- في تعريف القاعدة الفقهية إلى التعريف المختار و هو :" قضية كلية شرعية عملية يعرف منها أحكام جزئياتها" أو " قضية كلية شرعية عملية". فهو أوفى التعاريف بالمقصود بهذا العلم و قد تميز عن غيره بوضع القيد المناسب بموضوع هذه القضية الكلية و هو : "الأحكام الشرعية العملية" و تلافى النقد الموجه لما سواه من التعاريف.

2- كثر الحديث عن كلية القاعدة أو أغلبيتها، و الذي خرجنا به من معالجة هذه الأقوال أن من وصف القاعدة بالكلية غض الطرف عن المستثنيات التي تخرج عنها أو أنه يرى عدم تأثير هذه المستثنيات عن كلية القاعدة. وأما من عرفها بكونها أغلبية فضل التصريح و الدقة مشيرا إلى خروج بعض الجزئيات عنها.

على أن المحققين من العلماء قرروا أن الاستثناء و عدم الاطراد لا ينقض كلية القاعدة و لا يقدح في عمومها،لأنها سمة كل القواعد الاستقرائية ، فالعموم العادي المبني على الاستقراء لا يوجب عدم التخلف بل الذي يوجبه إنما هو العموم العقلي ، أي البحث في العقليات التي طريقها البحث و النظر ، و أنه لابد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها و بالعكس كما يقول الشاطبي ، و أن الكلي لا ينخرم بتخلف جزئي ما و أن الجزئي محكوم عليه بذلك الكلي بالنسبة إلى ذات الكلي و الجزئي.

3- ما دامت القاعدة الفقهية قضية كلية لابد لها من مقومات تتمثل في أركان

و شروط هذه القاعدة،شأنها شأن كل قضية شتى العلوم،والذي يكون الموضوع و المحمول و النسبة الرابطة بينهما أو الحكم أركانها الأساسية.

و تتميز القاعدة الفقهية عن غيرها - من مجموع التعاريف المنطقية للقاعدة - بشروط لأركانها بما يتوافق و موضوع القاعدة الفقهية. و من خلال البحث في شروط القاعدة خلصنا إلى أنه متى توفرت الشروط الخاصة بموضوع القاعدة و لم يعارضها ما هو أقوى منها من دليل خاص أو قاعدة أخرى متفق عليها حصرنا أفراد هذه القاعدة و دفعنا الطعن في كليتها لأن المستثنيات إنما تكثر عندما يتخاف شرط أو يوجد أصل أقوى من القاعدة يخرج ذلك الفرع منها أو دخوله تحت قاعدة أخرى من باب أولى، و في تعديل القواعد الفقهية بإضافة قيد أو شرط معالجة لتخفيف المستثنيات من القواعد.

4- إن مفهوم الكلية-أو الأصل عند المتقدمين-معنى مشترك بين القواعد و الضوابط و غيرها من المفاهيم الداخلة ضمن هذا المصطلح، و الواقع أن الضابط أقل شمولا من القاعدة إذ هو ما اختص بباب واحد و انتظمت فيه صور متشابهة، في حين أن القاعدة تشمل فروعا من أبواب شتى. قد يشكل الضابط جزءا من جزئياتها، كما قد تشكل القاعدة أحد المحاور ضمن منظومة النظرية الفقهية.

5- ترتيب القواعد و الضوابط ذات الموضوع الواحد على شكل نظريات يعطي تصورا جيدا لموضوعها و يرسي أسسا قويمة في بحثها و يسهل دراسة الفقه بتجميع شتات محاور الموضوع الواحد فكما كان للقواعد الفقهية دور بارز في تيسير الفقه الإسلامي و لم شتاته عن طريق نظم الفروع المبددة المتناثرة في سلك واحد فلا ريب أن توسيع البحوث وفق منهجية النظريات الفقهية تخرج الفقه الإسلامي في ثوب جديد يوظف فيه الضوابط و القواعد الفقهية في الموضوع الواحد بصورة أشمل و أوسع تبعث فيها الجدّة، لأن الدراسات العلمية المعاصرة في مختلف التخصصات تدعو لمثل هذا الأمر و ليس هذا تغيير في مضمون الفقه الإسلامي إنما في طريقة عرضه.

و ننبه هنا إلى أن هناك دراسات موجودة في الساحة اليوم لكنها قليلة مثل نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، و نظرية العرف للدكتور مصطفى الزرقا، و نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني ...وغيرها.

6- القاعدة الأصولية موضوعها الأدلة، فهي الواسطة بين الحكم و الدليل،أي استنباط الحكم من الدليل، أما القاعدة الفقهية فموضوعها فعل المكلف، تجمع أشتات الأحكام الشرعية على هيئة قضايا كلية ،لكن تعتبر مرتبة بين الأحكام الخاصة و الأدلة العامة ،يدرك الناظر من خلال الرابط بين جزئيات الحكم الواحد الدليل أو الأصل الذي يربطها.

و قد نبه إلى ذلك الإمام القرافي رحمه ا عندما قال : " للشريعة أصول و فروع، ..ثم قال: أما أصولها فقسمان .."و جعل القواعد الفقهية قسيما للقواعد الأصولية، لذلك نجد أن دراسة القواعد الفقهية تربي في الباحث ملكة تجعله قادرا على الإلحاق و الربط بين المسائل المتناثرة ، و تخريج المسائل المستجدة غير المنصوص عليها لديه، و تلك فائدة عظيمة للقواعد ، لأن الوقائع لا تنتهي فهي متجددة و في تطور مستمر ، و إذا اعتمدنا على النصوص فالنصوص متناهية.

7- إن القاعدة الفقهية، و إن كانت لا ترقى إلى مصاف القاعدة الأصولية في استنباط الأحكام، غير أنها يمكن أن تكون مستندا للقضاة و المفتين في تخريج المسائل التي لم ينص عليها الفقهاء مما تشملها القاعدة و لم يقطع أو يظن أنها خارجة عنها، إذ أن عملية التخريج لا تتوقف على الاجتهاد فإن القاضي أو المفتي متى توفرت فيه أهلية التخريج و كان محيطا بمقاصد الشرع أمكن الاعتماد على القاعدة في ذلك. و أرى أنه قد يكون من المجدي تصنيف القواعد الفقهية على شكل مواد دستورية أو قانونية تعتمد في القضاء تسد مسد القوانين الوضعية الوافدة على ديننا و أعرافنا و مجتمعاتنا.

8- إن ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية وجدت بوجود القواعد و نشأت بنشأتها للتلازم الواقع بينهما ،فقد حرص العلماء على توضيح ما يدخل من الفروع ضمن مشتملات القاعدة و ما يخرج عنها ،غير أن إفراد هذا الباب بالتأليف لم يكن مقصود العلماء في القديم و لا في الحديث إلاّ ما ندر ، مثل "كتاب الاستغناء في

الفرق و الاستثناء" للبكري، و" المناقصات في الحصر و الاستثناء "للفنّاكي، و الأول مطبوع و موجود بين أيدينا اليوم بخلاف الثاني، و قد حوى كتاب الإمام البكري حشدا هائلا من المستثنيات في شتى مسائل أبواب الفقه، و لم نجد من اهتم بهذا الباب سواه ،مع ذلك فإنه يذكر الاستثناءات مجردة عن أي توضيح أو ذكر سبب. ما عدا هذين الكتابين فقد كان تناول الاستثناء من القواعد يرد تبعا و لم يكن مقصود المؤلفين. و هنا تكمن صعوبة البحث في هذه الجزئية من الفن، و هو أيضا الدافع الذي من أجله اخترت هذا الموضوع للبحث في مسائله و أسبابه.

9- إن البحث في الاستثناء في القواعد الفقهية ليس بخارج عن المنظومة الفقهية العامة القائمة على عملية الاستدلال و الاستنباط و التي ترجع إلى أصول الفقه العامة ،لذلك ينطبق عليها ما ينطبق على هذه المنظومة من الخلاف الفقهي بأسبابه المعروفة، لأن القواعد هي في حد ذاتها أحكام مستنبطة من نفس الأدلة التي تستنبط منها الأحكام الجزئية، إلاّ أن القواعد أحكام كلية تستمد كليتها من استقراء جزئيات الأحكام و تعدد الآراء و اختلافها في مسألة ما يخرجها عن حكم كليتها عند إمام من الأئمة لأصل أقوى من تلك الكلية لديه، و ليس هذا خاصا بالكليات الاستقرائية. فالقواعد الفقهية المنتزعة من النصوص الشرعية الآحادية[1]مثلا ،تكون هذه النصوص بدورها محل اختلاف الفقهاء من جهة ثبوتها أو دلالتها أو غير ذلك مما يتعلق بها، لنأخذ مثلا " العجماء جبار" التي مرت معنا خلال البحث، مصدرها النص، لكن مع ذلك اختلف الفقهاء، فمنهم من حملها على العموم الذي هو صيغة الحديث الذي وردت به ،فلم يضمن صاحب الدابة ما تتلفه بالليل أو النهار، و من حكم على صاحب الدابة بالضمان لما تتلفه بالليل، خص القاعدة بحديث البراء بن عازب، فكانت هذه الجزئية مستثناة من القاعدة بسبب هذا النص المخصص ،و الأحناف عملوا فيه بأصلهم في قطعية صيغة العموم عندهم. وهكذا نلاحظ أن اختلاف الفقهاء الجاري بينهم وفق الأصول المعتمدة عند كل إمام ينعكس على الفروع التي هي جزئيات القاعدة الكلية.

[1] - بخلاف القاعدة الشرعية التي تضافرت عليها نصوص الشرع فهي قطعية كقاعدة المشقة تجلب التيسير.

10- و هذا الذي يجري على النصوص يجري على القواعد الاستقرائية أيضا، إذ يعمد كل فقيه إلى ما قوي لديه من الأدلة، و قد يجمعون على استثناء جزئية من حكم كلي ، و هذا أقوى أسباب الاستثناء، و يكون مستند إجماعهم إما على النص كما رأينا في أحكام الهازل الثلاث، أو على العرف كمثال الاستصناع الذي مر معنا، أو لمصلحة كتضمين الصناع.

و قد يعتمد بعضهم لاستثناء مسألة عن حكم نظائرها لحديث آحاد قوي لديه أو لقياس قدم على خبر آحاد كمثال المصراة عند الأحناف.

فرغم أن القاعدة في كثير من الأحيان محل اتفاق بين الفقهاء و لكنهم يختلفون في كيفية تخريج الفروع عليها.

11- الاستثناء يخضع لقاعدة الاستحسان، فالاستثناء و العدول عن الأصل المفرع منه هو في الحقيقة تطبيق لقاعدة الاستحسان، لأن الأصل أن عملية التقعيد الفقهي عملية قياسية، لأنها قائمة على الجمع بين المتشابه و المتناظر من الفروع، و قد يعمد الفقيه إلى بعض الفروع فيعدل بها عن إلحاقها بالأصل و يستحسن استثناءها لأسباب معتبرة لديه ، و قد يلحقها بقاعدة أخرى.

و قد نبه الشيخ الزرقا في المدخل إلى هذا المنهاج القياسي إذ قال:"و هذه القواعد الفقهية أحكام أغلبية غير مطردة ، لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا و ترتيب أحكامها ،و القياس كثيرا ما ينخرم و يعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسألة،تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن و أقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة و جلب المصالح و درء المفاسد و دفع الحرج...ثم قال:لذلك كانت القواعد الفقهية قلّما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعي أحكاما استحسانية خاصة".[1]

---

[1] المدخل الفقهي 966/2(دار القلم ط1دمشق).

12- إن كثيرا من الفروع المستثناة من بعض القواعد إنما استثنيت لأنها أجدر بالتفريع على قاعدة أخرى ،فالتداخل في القواعد الفقهية أمر واسع و بين في ظاهرة الاستثناء ،و أبرز مثال على ذلك المسائل المستثناة بسبب العرف ،فإنها كلها أفراد من قواعد العرف المعروفة ،إذ أن الفقهاء أحالوا كثيرا من مسائل المعاملات في المواطن التفصيلية منها لحكم العرف كما رأينا في سريان إقرار ولي البكر البالغة بقبض المهر عليها، فهذه المسألة استثنيت من كلية الإقرار حجة قاصرة، لكنها داخلة في قاعدة العادة محكّمة.

13- تخضع قوة اتساع سبب الاستثناء بأصل معين في كل مذهب بحسب قوة الأصل لديه، ففي حين نجد أن أغلب ما استثني بالاستحسان مثلا كان المذهب الغالب فيه الأحناف، نرى من جانب آخر أن ما استثني بالمصلحة أو العرف كان المذهب الغالب فيه المالكي أو القياس عند الشافعي ...و هكذا.

14- ظاهرة الاستثناء رغم ما قيل في سلبيتها من حيث تأثيرها على كلية القاعدة ،غير أنها دليل ناصع على مرونة الشريعة ،و أنها مبنية على رفع الحرج و جلب ما فيه مصلحة للناس و درء للمفاسد عنهم كأصل و مبدأ كلّي مقرر، و أن كل كلّي أدى القول به و الوقوف عند عمومه إلى حرج إلاّ و وجدت له استثناءات كحلول استحسانية، يظهر ذلك جليا في اعتبار مصلحة أو عرف في مقابلة أحكام كلية ، فإذا وجد حكم كلي ثم كان في بعض جزئياته ما يحمل مفسدة للناس إذا وقفنا على كليه أو عنت في حمل الناس على غير ما اعتادوه -وفق الضوابط و الشروط المعروفة للعادة و العرف- استثني هذا الجزئي من حكم كليه. إضافة إلى وجود قواعد كلية مبناها على جلب المصالح و رفع الحرج كقاعدة "المشقة تجلب التيسير"و "لا ضرر و ضرار"و"الضرر يزال" و"درء المفاسد أولى من جلب المصالح"...و غيرها مما يدل على رعاية الشريعة الغراء بكلياتها و جزئياتها لهذا المعنى المقدس.

و بعد هذه الجولة في محاور هذا البحث و النتائج المتحصلة من خلاله أرجو أن أكون قد سلطت الضوء على هذه الجزئية في القواعد الفقهية التي لم تنل حظها

من الاهتمام، لا في القديم و لا في الحديث ،رغم الدراسات التي تظهر من حين إلى آخر في هذا الفن.

و لا أدعي أنني وفّيت الموضوع غايته لكن أرجو أن أكون قد حققت الهدف المرجو منه و هو تسليط الضوء على مسألة الاستثناء في القواعد الفقهية. فإن كنت وفقت فيه للصواب فهو من من ا العليم القدير و فيض كرمه و إن قصرت فهذا مبلغ جهدي أسأله تعالى أن يعلمنا ما ينفعنا و ينفعنا بما علمنا و أن يزدنا علما و آخر دعوانا أن الحمد رب العالمين.

ملحق بتراجم الأعلام

أبو الحسين البصري: محمد بن علي بن الطيب، أصولي شافعي ومتكلم من أئمة المعتزلة، له في الأصول كتاب المعتمد الذي هو مختصر لكتابه "شرح كتاب العهد أو العمد" للقاضي عبد الجبار في أصول الفقه. توفي سنة 436هـ ببغداد في ربيع الآخر. وكان من أذكياء زمانه، وكان يقرئ الاعتزال ببغداد، وله حلقة كبيرة. قال ابن خلكان: كان جيد الكلام، مليح العبارة، غزير المادة، إمام وقته، وله التصانيف الفائقة في الأصول.[انظر: شذرات الذهب: 172/5، العبر: 189/3، وفيات الأعيان: 271/4].

أبو الطيب (القاضي): طاهر بن عبد الله بن طاهر، أبو الطيب الطبري. كان ورعاً عارفاً بالأصول والفروع، حسن الخلق، صحيح المذهب، ولي القضاء ببغداد. توفي سنة 450هـ. [انظر: شذرات الذهب: 284/3، طبقات الشافعية: 178/3].

أبو ثور (الكلبي):هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان، أبو ثور الكلبي، كنيته أبو عبد الله و لقبه أبو ثور،أحد أصحاب الشافعي في بغداد، وأحد الأربعة الذين رووا عنه مذهبه القديم فيها، روى عنه

مسلم خارج الصحيح، وأبو داود، وابن ماجه، وروى عن سفيان، وابن مهدي، والشافعي، وغيرهم، كان على مذهب أهل الرأي حتى قدم الشافعي بغداد فرجع إلى مذهب أهل الحديث،له مؤلفات منها :كتاب ذكر فيه اختلاف مالك و الشافعي و مذهبه هو، توفي سنة 240هـ. [انظر: تاريخ بغداد: 65/6، طبقات الشافعية: 74/2، طبقات الشيرازي: 75، العبر: 431/1، شذرات الذهب: 93/2، تهذيب التهذيب: 118/1،الأعلام30/1].

أبو حنيفة : النعمان بن ثابت، ولد سنة 80هـ ،أصله من بلاد فارس، كان يبيع الخز ويطلب العلم، ثم تفرغ للعلم، عرض عليه القضاء فرفضه أكثر من مرة فحبس حتى مات سنة 150هـ. وهو أشهر من أن يعرف. [انظر: الطبقات السنية: 73/1 – 169، سير أعلام النبلاء: 390/6 وما بعدها، تاريخ بغداد: 323/13، وفيات الأعيان: 415/5 – 423].

أبو داود: سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو بن عامر. وقيل غير ذلك .وهو الإمام، شيخ السنة، مقدم الحفاظ، أبو داود، الأزدي السجستاني، محدث البصرة. ولد سنة 202هـ، ورحل، وجمع، وصنف، وبرع في هذا الشأن. مات في 16 شوال سنة 275هـ. سمع بمكة والكوفة. وحدث عنه جماعة منهم الترمذي والنسائي وغيرهما. و كان مع إمامته في الحديث و فنونه من كبار الفقهاء.و كتابه السنن مشهور. [انظر: سير أعلام النبلاء: 203/13 – 221، تاريخ بغداد: 55/9 – 59، طبقات الحنابلة: 159/1 – 162].

أبو سلمة: قيل اسمه عبد ا ، وقيل إسماعيل، وقيل اسمه وكنيته واحد، وهو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري، كان ثقة كثير الحديث وفقيها، قيل أنه أحد الفقهاء السبعة، توفي سنة 94هـ وقيل 104هـ. [انظر: تقريب التهذيب: 430/2، العبر: 112/1، الخلاصة: 380].

أبو يعلى (القاضي): محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء.القاضي أبي يعلى ولد سنة 451هـ. تفقه على الشريف أبي جعفر وبرع في الفقه وأفتى وناظر. وكان عارفاً بالمذهب متشدداً في السنة. له تصانيف منها المجموع في الفروع، رؤوس المسائل، طبقات الأصحاب. توفي سنة 526هـ. [انظر: الذيل على طبقات الحنابلة: 212، شذرات الذهب: 130/6، العبر: 69/4-70].

أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي الأنصاري، قاضي القضاة، صاحب أبي حنيفة. توفي سنة 182هـ وقيل غير ذلك. [انظر: وفيات الأعيان: 378/6، شذرات الذهب: 297/2]

الآتاسي(خالد):هو خالد بن محمد بن عبد الستار الآتاسي ولد بحمص و تولى الإفتاء فيها و كانت وفاته سنة 1326هـ (1908م) اشتغل بالتفقه و الأدب و صنف شرح مجلة الأحكام العدلية من كتاب البيوع إلى المادة 1728و أكمله ولده محمد طاهر ،و له أيضا "الأجوبة النفائس في حكم ما اندرس من المقابر و المساجد و المدارس".[انظر:الأعلام298/2].

أحمد بن حنبل : ولد ببغداد سنة 164هـ، وانكب على طلب العلم ورحل طلباً له شرقاً وغرباً، تعرض لمحنة خلق القرآن أيام المأمون وسجنه المعتصم لامتناعه عن القول به، وفي أيام الواثق

والمتوكل أكرم مقامه. توفي سنة 241هـ. [انظر: سير أعلام النبلاء: 177/11 وما بعدها، شذرات الذهب: 185/3 – 189، العبر: 435/1].

إسحاق: الإمام، عالم المشرق، أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي، المروزي، النيسابوري جمع بين الحديث والفقه والورع، روي أنه يحفظ سبعين ألف حديث، وقال عن نفسه: ما سمعت شيئاً إلا وحفظته، ولا حفظت قط فنسيته، وقال عنه أحمد بن حنبل: لم يعبر الجسر إلى خراسان مثل إسحاق. توفي ليلة النصف من شعبان سنة 238هـ. [انظر: شذرات الذهب: 89/2، وفيات الأعيان: 179/1، تذكرة الحفاظ: 19/2، العبر: 426/1، طبقات الشافعية: 83/2].

الإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي المصري الملقب بجمال الدين . ولد سنة 704هـ حفظ التنبيه و لم يجاوز السابعة عشرة من عمره. أخذ الفقه عن السبكي والقزويني والعربية عن أبي حيان. من مصنفاته المبهمات على الروضة في الفقه، ونهاية السول في شرح منهاج الأصول والتمهيد في تنزيل الفروع على الأصول. توفي سنة 772هـ. [انظر: شذرات الذهب: 383/8، الذيل على العبر: 314، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 132/3-135].

أشهب:هو أبو عمر أو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز العامري القيسي الجعدي ،قيل اسمه مسكين و أشهب لقب له ،إليه انتهت رئاسة مصر بعد ابن القاسم ،أخذ عنه سحنون و خرج له أصحاب السنن ،مولده سنة 140 أو 150و وفاته 204هـ بعد الشافعي بـ 18يوما. [انظر:شجرة النور الزكية 59/1،الأعلام 335/1].

إلكيا الطبري الهراسي: شمس الإسلام، أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري الهراسي، شيخ الشافعية، ومدرس النظامية، رحل فتفقه بإمام الحرمين وبرع في المذهب وأصوله، وقدم بغداد، فولي النظامية سنة 493هـ إلى أن مات تخرج به الأئمة، وكان أحد الفصحاء، له تصانيف حسنة منها "شفاء المسترشدين في مباحث المجتهدين" و "أحكام القرآن". مات في المحرم سنة 504هـ ،وله ثلاث وخمسون سنة وشهران. [انظر: سير أعلام النبلاء: 350/19 – 352، وفيات الأعيان: 286/3 – 290، طبقات السبكي: 231/7 – 234].

إمام الحرمين (الجويني): عبد الملك بن أبي محمد عبد ا بن أبي يعقوب يوسف بن حيويه الجويني، الفقيه الشافعي اشتهر بإمام الحرمين، ويلقب بضياء الدين أيضاً. له تصانيف منها "البرهان في أصول الفقه" توفي سنة 478هـ ،من تلامذته الإمام الغزالي. تفقه على والده في صباه واشتغل به مدته. توفي والده وهو دون العشرين سنة، فأقعد مكانه للتدريس، وكان يتردد إلى مشايخ في أنواع العلوم حتى ظهرت براعته. [انظر: شذرات الذهب: 338/5 – 342، طبقات الشافعية الكبرى: 73/5 – 93].

الآمدي: أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي، سيف الدين الآمدي. ولد بآمد وهي بلادة بديار بكر عام 551هـ وقدم بغداد وتعلم وتفقه على مذهب الأمام أحمد بن حنبل، وحفظ كتاب الهداية لأبي الخطاب ثم صار شافعياً، توفي في صفر سنة 631هـ . أقرأ بمصر مدة، فنسبوه إلى

دين الأوائل حسداً واستباحوا دمه فخرج مستخفيا إلى الشام. من تصانيفه المشهورة "الإحكام في أصول الأحكام" و"إبكار الأفكار".[انظر: شذرات الذهب: 253/7 – 254، وفيات الأعيان: 293/3 – 294، العبر: 124/5 – 125].

الأوزاعي:هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي نسبة إلى الأوزاع بطن من ذي الكلاع باليمن ، إمام أهل الشام لم يكن بها في عصره أعلم منه،ولد ببعلبك سنة 88هـ و توفي ببيروت سنة 157هـ .[انظر:الأعلام 94/4].

ابن أبي ليلى: هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار الأنصاري الكوفي ، فقيه و قارئ و محدث ، صدوق ، ولي قضاء الكوفة لبني أمية ، ثم لبني العباس و استمر على ذلك 33سنة ، كان من أصحاب الرأي ، وله أخبار مع الإمام أبي حنيفة،ذكر بعض منها في "وفيات الأعيان"،توفي سنة 148هـ. [انظر:شذرات الذهب 224/1،الأعلام189/6].

ابن الأثير (مجد الدين): مجد الدين أبو السعادات ابن الأثير المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري الشافعي ولد سنة 544هـ سمع الحديث والفقه ثم اتصل بخدمة السلطان وترقت به المنازل حتى باشر كتابة السر وسأله صاحب الموصل أن يلي الوزارة فاعتذر بعلو السن والهوا بالعلم ثم حصل له نقرس أبطل حركة يديه ورجليه وصار يحمل في محفة. له مصنفات بديعة منها جامع الأصول والنهاية في غريب الحديث. وكتاب الانصاف في الجمع بين الكشف والكشاف في التفسير أخذه من الثعلبي والزمخشري. توفي في ذي القعدة سنة 606هـ. [انظر:شذرات الذهب 42/7].

ابن الحاجب:هو أبو عمرو، جمال الدين،عثمان بن عمر بن أبي بكر يونس المصري ثم الاسكندري الفقيه الأصولي المتكلم النظار المالكي، المعروف بابن الحاجب لأن والده كان حاجبا للأمير،كردي الأصل نشأ بالقاهرة و سكن دمشق و مات بالأسكندرية، ولد سنة 570هـ وتوفي سنة 646هـ، أخذ عن أبي الحسن الأبياري وأبي الحسين بن جبير وقرأ على الإمام الشاطبي القراءات وعلى الإمام الشاذلي الشفاء وغيره، وعنه جلة منهم الشهاب القرافي والقاضي ناصر الدين ابن المنير وغيرهم. وله التصانيف البالغة غاية التحقيق والإجادة، منها مختصر الفرعي، ومنها مختصره الأصلى، ومنتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل والكافية في النحو والشافية في التصريف وغيرها. وكانت وفاته بالاسكندرية في شوال.[انظر: الديباج 86/2، شجرة النور الزكية: 167 – 168،رقم 525، شذرات الذهب: 405/7-407، وفيات الأعيان: 248/3-250، العبر: 189/5-190،الأعلام 374/4].

ابن السمعاني: منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، أبو المظفر، ويعرف بابن السمعاني من أهل مرو، وسمعان بطن من تميم. تفقه على أبيه على مذهب أبي حنيفة ثم انتقل إلى مذهب الشافعي فأخذ عن أبي إسحاق الشيرازي وابن الصباغ. وكان يقول ما حفظت شيئاً ونسيته، من مؤلفاته

القواطع في أصول الفقه وله تفسير جيد حسن. توفي بمرو سنة 489هـ. وكان ولادته سنة 426هـ. [انظر: شذرات الذهب: 394/5].

ابن الصلاح:أبو عمرو بن الصلاح،عثمان بن عبد الرحمن بن أبي نصر الكردي الشهرزوري الأصل.ولد سنة 577هـ وتفقه على والده في الموصل فاشتغل فيها مدة وبرع في المذهب. قال ابن خلكان: كان أحد فضلاء عصره في التفسير والحديث والفقه. صنف مشكل الوسيط في مجلد كبير وكتاب الفتاوى وعلوم الحديث، وأدب المفتي والمستفتي. توفي في دمشق في حصن الخوارزمية في ربيع الآخر سنة 643هـ ودفن في مقابر الصوفية في طرفها الغربي على الطريق.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 444/1، تذكرة الحفاظ: 1430/4].

ابن العربي: القاضي أبو بكر محمد بن عبد ا بن محمد المعروف بابن العربي الاشبيلي الإمام الحافظ المتبحر في العلوم الشهير الذكر، سمع أباه وخاله وغيرهما ورحل للمشرق مع أبيه سنة 485 هـ والتقي في رحلته بالأئمة و أخذ عن أئمة منهج القاضي عياض وابن بشكوال وبقي يفتي أربعين سنة له تآليف تدل على غزارة علمه وفضله منها عارضة الأحوذى في شرح الترمذي والقبس في شرح موطأ مالك، وأحكام القرآن والمحصول في علم الأصول والعواصم من القواصم وغير ذلك. ولد سنة 468هـ توفي سنة 543هـ.[انظر: شجرة النور الزكية : 136-138].

ابن القاسم:هو أبو عبد ا عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي ـ نسبة إلى العتقاء الذين أعتقهم الرسول صلى ا عليه و سلم ـ المصري ،تلميذ الإمام مالك و ناشر فقهه،حافظ متقن خرج له البخاري في صحيحه ،ولد سنة 132هـ أو 128هـ و وفاته بالقاهرة سنة 191هـ.[انظر:شجرة النور58/1،الأعلام97/4].

ابن القاص:هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري ثم البغدادي المعروف بابن القاص بسبب أن والده كان يقص الأخبار و الآثار ،أو أنه نفسه كان يقوم بذلك ،كان من أئمة الشافعية في زمانه ،توفي في طرسوس سنة 335 هـ و قيل سنة 336هـ .من مؤلفاته:"المفتاح في الفقه الشافعي" و "أدب القاضي" و "التلخيص" في فروع الفقه الشافعي.[انظر:طبقات الشافعية للسبكي103/2].

ابن القيم:هو أبو عبد ا شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، تلميذ ابن تيمية ، كان حنبلي المذهب عالما بشتى الفنون ، له تآليف في غاية الجودة منها:"إعلام الموقعين" ، ولد بدمشق سنة 691هـ و توفي سنة 751هـ. [انظر: الأعلام270/6].

ابن الماجشون: هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد ا بن أبي مسلمة الماجشون من بيت علم و حديث ، تفقه بأبيه و مالك و كان مفتي أهل المدينة في وقته ، وفاته على الأشهر سنة 212هـ. [انظر:شجرة النور الزكية56/1].

ابن المسيب (سعيد): شيخ الإسلام، فقيه المدينة، المخزومي أبو محمد، ولد لسنتين خلتا من خلافة عمر، وسمع منه ومن عثمان وزيد وعائشة وسعد وأبي هريرة وخلق، كان واسع العلم، فقيه النفس،

متين الديانة، توفي سنة 94هـ وقيل غير ذلك. [انظر:تذكرة الحفاظ:54/1، العبر: 110/1، شذرات الذهب: 102/1، الخلاصة: 121].

ابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري أحد الأئمة الأعلام وممن يقتدى بنقله في الحلال والحرام صنف كتباً معتبرة منها الاشراف في معرفة الخلاف والأوسط وهو أصل الاشراف. والإجماع والاقناع كان مجتهداً لا يقلد أحداً توفي سنة 318هـ. [انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 99/1، شذرات الذهب: 89/4-90، سير أعلام النبلاء: 490/14-492].

ابن الهمام(كمال الدين): محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود كمال الدين الشهير بابن الهمام، السيواسي ثم الإسكندري، إمام من علماء الحنفية. ولد سنة 788هـ وقيل 790هـ اشتغل على علماء بلده ثم قرأ الهداية على سراج الدين الشهير بقارئ الهداية. له تصانيف معتبرة منها شرح الهداية المسمى بفتح القدير والتحرير في الأصول وغير ذلك.توفي سنة 861هـ بالقاهرة. وهو عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والمنطق أصله من سيواس ولد بالإسكندرية ونبغ في القاهرة وأقام بحلب مدة وجاور الحرمين. [انظر:شذرات الذهب 298/7، الفوائد البهية: 296، الضوء اللامع: 127/8،الأعلام256/6].

ابن الوكيل : هو أبو عبد ا محمد بن عمر بن مكي الشافعي الملقب بصدر الدين و المعروف بابن المرحل و ابن الوكيل ، ولد بدمياط مصر ، انتقل إلى دمشق فنشأ فيها و تعلم و تولى مشيخة دار الحديث الأشرفية سبع سنين ، كان عالما بالفقه و الأصول و الحديث مع ملكة أدبية شعرية ، عرف بالذكاء و قوة الحافظة ، و روى عن حافظته الشيء الكثير ، و كان كريما حسن المعاشرة ، توفي في القاهرة سنة 716 هـ.من مؤلفاته : "الأشباه و النظائر" ، ديوان طراز الدار ، مجموعة من الموشحات الرقيقة التي جمعها. [انظر: شذرات الذهب 41/6 ، الأعلام 314/6].

ابن تيمية (تقي الدين): هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن شهاب الدين عبد الحليم بن مجد الدين ابن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي ولد سنة 661هـ سمع عن ابن عبد الدائم والقاسم الأربلي لفقه ومهر وصنف ودرس وفاق الأقران وصار عجباً في سرعة الاستحضار له منهاج السنة والفتاوى وغيره من التصانيف المبسوطة المفيدة توفي محبوسا في دي القعدة سنة 728هـ. [انظر: الدرر الكامنة:154/1].

ابن حجر (العسقلاني):أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد العسقلاني المصري الشافعي ولد سنة 773 فتعلم الشعر فبلغ الغاية ثم طلب الحديث فسمع الكثير وتخرج بالحافظ العراقي وبرع وانتهت إليه الرحلة والرئاسة في الحديث في الدنيا بأسرها بأمرها. له الأصابة في تميز الصحابة وفتح الباري وغيرهما كثير توفي في ذي الحجة سنة 852هـ.[انظر: شذرات الذهب 395/9].

ابن حزم: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ولد بقرطبة سنة 384هـ فحفظ القرآن وتلقى العلوم على أكابر العلماء بقرطبة نشأ على مذهب الشافعي ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر وكان متفننا في علوم

جمة. وكان ذرب اللسان حتى قيل إن لسان ابن حزم وسيف الحجاج بن يوسف شقيقان بلغت مصنفاته 400. منها الاحكام لأصول الأحكام والمحلى بالآثار والتقريب في حدود المنطق توفي سنة 456هـ.[انظر: شذرات الذهب: 239/5]

ابن حمزة : هو محمود بن محمد نسيب بن حسين المعروف بابن حمزة الحسيني الحنفي ، ولد بدمشق و نشأ فيها ، و تلقى علومه على كبار علمائها ، تقلد مناصب عدة كان آخرها إفتاء الشام ، و قد عرفت براعته و قدرته العلمية في ذلك حتى استفتي من مختلف البلدان و كان إلى جانب ذلك متقنا للرماية و الخط،توفي في دمشق سنة 1305هـ.من مؤلفاته: "قواعد الأوقاف" ، مجموعة رسائل فقهية ، الفتاوى ، الفرائد البهية في القواعد و الفوائد الفقهية ، و ديوان شعر. [انظر:مقدمة كتابه القواعد للسيد محمد مطيع الحافظ ، الأعلام 185/7].

ابن خلدون: عبد الرحمن بن محمد بن محمد الحضرمي التونسي القاهري المالكي، يعرف بابن خلدون، من أثاره التاريخ الذي اشتهرت مقدمته. ولد سنة 732هـ وتوفي سنة 808هـ. بالقاهرة وقيل 807 هـ. [انظر: شجرة النور الزكية: 227 رقم 818].

ابن خويزمنداد:محمد بن أحمد بن عبد ا بن خويزمنداد تفقه على الأبهري وله كتاب كبير في الخلاف وكتاب في أصول الفقه وكتاب في أحكام القرآن وعنده شواذ عن مالك.قال الباجي:لم أسمع له في علماء العراق ذكر.[انظر: الديباج المذهب229/2، شجرة النور الزكية103].

ابن رجب: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب عبد الرحمن بن الحسن بن محمد بن أبي البركات مسعود البغدادي ثم الدمشقي، الشهير بابن رجب، لقب جده عبد الرحمن، قدم مع والده من بغداد إلى دمشق وهو صغير، سنة 744هـ. وسمع بمكة ومصر. كان أحد الأئمة الحفاظ الكبار والعلماء الزهاد الأخيار. له مصنفات مفيدة منها "شرح جامع أبي عيسى الترمذي" و "القواعد الفقهية" و تراجم أصحاب مذهبه هو "الذيل على طبقات الحنابلة" وغيرها. توفي ليلة الاثنين رابع شهر رمضان سنة 795هـ.[انظر: المنهج الأحمد: 168/5-171، الدرر الكامنة: 321/2، إنباء الغمر: 175/3].

ابن رشد (الجد): القاضي أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الإمام العالم المحقق المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف، كان بصيراً بالأصول والفروع فاضلاً ديناً إليه الرحلة. تفقه بابن رزق وسمع الجياني وأبا عبد ا بن فرج وغيرهم. وعنه أخذ ابنه أحمد والقاضي عياض و أبو بكر بن محمد الاشبيلي وغيرهم.ألف البيان والتحصيل وهذب كتب الطحاوي في مشكل الآثار وغير هذا. مولده سنة 455هـ وتوفي في ذي القعدة سنة 520هـ. [انظر: شجرة النور الزكية: 129 رقم : 376].

ابن سريج (أبو العباس): أحمد بن عمر بن سريج، أبو العباس، من كبار فقهاء الشافعية ومتكلميهم، كان يقال له: الباز الأشهب، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني، كما قاله

أبو إسحاق، له تصانيف ومناظرات مع محمد بن داود الظاهري، توفي سنة 306هـ. [انظر : طبقات الشافعية:256/3،تاريخ بغداد:287/4،طبقات الشيرازي:89،العبر:132/2] .

ابن عابدين:هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المعروف بابن عابدين ،فقيه الشام و إمام الحنفية في عصره،له عدة مؤلفات قيمة منها:"رد المحتار على الدر المختار"المشهور بحاشية ابن عابدين،مولده بدمشق سنة 1198هـ و وفاته سنة1252هـ. [انظر:هدية العارفين367/2].

ابن عبد البر:هو أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي الحافظ، ولد سنة 368هـ. تفقه بابن المكوي وابن الفرضي ولازمه كثيراً. من تصانيفه: "الاستذكار" و"التمهيد" و "الاستيعاب" في أسماء الصحابة و"الكافي" في الفقه. توفي بشاطبة في ربيع الثاني سنة 463هـ. [انظر: الديباج المذهب: 367/2،شجرة النور الزكية: 119،الأعلام316/9].

ابن عبد السلام(عز الدين):هو عبد العزيز بن عبد السلام بن الحسن السلمي الدمشقي الملقب بعز الدين و بسلطان العلماء من علماء الشافعية المتميزين في القرن السابع، ولد و نشأ في دمشق،و تولى الخطابة و التدريس فيها كان آمرا بالمعروف ناهيا عن المنكر،من مواقفه الصلبة إنكاره على الصالح إسماعيل بن العادل تسليمه قلعة صفد إلى الفرنج اختيارا و عدم الدعاء له في خطبة الجمعة فحبسه و بعد إطلاقه ذهب إلى مصر و لزم بيته.يقول ابن السبكي:أنه لبس خرقة الصوفية .توفي بالقاهرة سنة 660هـ.من مؤلفاته :"قواعد الأحكام في مصالح الأنام" و "الفوائد" و "الإلمام في أدلة الأحكام" و "ترغيب أهل الإسلام في سكنى الشام" و "الغاية في اختصار النهاية". [انظر:طبقات الشافعية 80/5 ،الأعلام 21/4].

ابن عرفة:هو أبو عبد ا محمد بن محمد بن عرفة الورغي نسبة إلى قبيلة ورغة المستوطنة بالجنوب الشرقي لبلاد تونس حول مركز ولاية مدنين،إمام تونس و عالمها و خطيبها بجامعها الأعظم من كتبه:"المختصر الكبير" في الفقه المالكي ،و "الحدود" في التعريفات الفقهية.ولد سنة 716 هـ و توفي سنة 803 هـ.[انظر:شجرة النور الزكية227/1، الأعلام 272/7].

ابن فارس: أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني الرازي اللغوي، المعروف بابن فارس، كان إماماً في علوم شتى، خصوصاً اللغة. فإنه أتقنها، وكان من أئمتها، توفي سنة 395هـ بالري، وذهب البعض في سنة وفاته إلى 360هـ و 369هـ و 375هـ و 390هـ والأصح 395هـ. من مصنفاته "معجم مقاييس اللغة" و "المجمل في اللغة" و " حلية الفقهاء" وغيرها. قرأ عليه البديع الهمذاني والصاحب ابن عباد وغيرهما من أعيان البيان. أصله من قزوين.وأقام مدة في همذان، ثم انتقل إلى الري فتوفي فيها.[انظر: شذرات الذهب: 480/4-482، وفيات الأعيان: 118/1-120، الأعلام: 193/1].

ابن قدامة (المقدسي): أبو محمد، موفق الدين، عبد ا بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي المقدسي ولد سنة 541هـ كما قيل، وتوفي سنة 620هـ هاجر مع أخيه الشيخ أبي عمر سنة

551هـ وحفظ القرآن، وتفقه ثم ارتحل إلى بغداد، وتفقه حتى فاق الأقران، وانتهى إليه معرفة المذهب وأصوله وكان مع تبحره في العلوم ويقينه ورعاً زاهداً تقياً عليه هيبة ووقار، وفيه حلم وتؤدة ثم رجع إلى دمشق واشتغل بتصنيف كتاب "المغني" في شرح الخرقي، ومن تصانيفه "الكافي" و "المقنع" و "الروضة" في أصول الفقه وغيرها.[انظر: شذرات الذهب: 155/7-163، العبر: 79/5-80، سير أعلام النبلاء: 165/22-173، ذيل طبقات الحنابلة: 133/2-149].

ابن ماجه: الحافظ أبو عبد ا ، محمد بن يزيد القزويني ولد سنة 209هـ وتوفي في رمضان سنة 174هـ أو 173هـ وولد سنة 96هـ وقيل 273هـ وتوفي في رمضان سنة 273هـ وقيل غير ذلك. مصنف "السنن" و "التاريخ" و "التفسير" وحافظ قزوين في عصره. كان أبوه يزيد يعرف بماجة، وولاؤه لربيعة كان ابن ماجة حافظاً ناقداً صادقاً واسع العلم ،ثقة كبيراً، متفق عليه، محتج به له معرفة بالحديث ولحفظ.[انظر: سير أعلام النبلاء: 277/13 وما بعدها، وفيات الأعيان: 279/4، الوافي بالوفيات: 220/5].

ابن منظور: أبو الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الإفريقي ثم المصري المشهور بابن منظور، اشتهر بنسبته إلى جده السابع منظور. ثم يرفع بنسبته إلى جده الأعلى رويفع بن ثابت الأنصاري الذي نزل مصر وولاه معاوية طرابلس وأمره عليها سنة 46هـ وخرج سنة 47هـ فغزا افريقية ثم عاد من سنته كانت ولادته سنة 630هـ ووفاته في شعبان سنة 711هـ. ومؤلفه لسان العرب في اللغة مشهور. وكان مغري باختصار كتب الأدب المطولة اختصر الأغاني والعقد والذخيرة وغيرها. قال الذهبي : كان عنده تشيع بلا رفض.[انظر: الدرر الكامنة: 31/5-33، شذرات الذهب: 49/8، فوات الوفيات: 39/4-40، معجم المؤلفين: 731/3].

ابن نجيم : هو زين العابدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم المصري ، من فقهاء و أصوليي الحنفية في القرن العاشر الهجري ، توفي سنة 970هـ . من مؤلفاته : "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" و "شرح المنار" في الأصول و "الفوائد الزينية في مذهب الحنفية" و "الأشباه و النظائر الفقهية على مذهب الحنفية". [انظر: شذرات الذهب 358/1 ، الأعلام 64/3].

الباجي (أبو الوليد): أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي القرطبي، الباجي، فقيه مالكي كبير، من رجال الحديث، أصله من بطليوس ومولده في باجة بالأندلس سنة 403هـ .توفي سنة 474هـ بالمرية في رجب عن إحدى وسبعين سنة من كتبه "المنتقى" شرح فيه موطأ مالك، و "إحكام الفصول في أحكام الأصول" في أصول الفقه. رحل في طلب العلم إلى مكة وبغداد ودمشق، وبرع في الحديث، والفقه والأصول والنظر وعاد إلى وطنه بعد ثلاث عشرة سنة بعلم جم، مع الفقر والقناعة، ثم فتحت عليه الدنيا، وولي قضاء أماكن. وممن أخذ عنه أبو عمر بن عبد البر صاحب الاستيعاب، وبينه وبين حزم الظاهري مناظرات ومجالس.[انظر: شذرات الذهب: 315/5 – 316، العبر: 282/3 – 283، وفيات الأعيان: 408/2 – 409، ترتيب المدارك 802/4،الأعلام 186/3].

الباقلاني (القاضي أبو بكر): أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القاسم المالكي، اشتهر بالقاضي الباقلاني، أو ابن الباقلاني، نسبة إلى بيع الباقلاء، وهو قاض من كبار علماء الكلام، انتهت إليه الرياسة في مذهب الأشاعرة، ولد في البصرة سنة 338هـ، وسن بغداد فتوفي فيها سنة 403هـ، كان جيد الاستنباط سريع الجواب، له تصانيف كثيرة منها كتاب التقريب والإرشاد في أصول الفقه وكتاب التمهيد في أصول الدين.[انظر:ترتيب المدارك 585/4، شجرة النور الزكية: 92 رقم 209، وفيات الأعيان 481/1، تاريخ بغداد: 379/5 الأعلام: 46/7 ، تبيين كذب المفتري: 217، العبر: 86/3، شذرات الذهب: 168/3، الديباج المذهب: 267].

البخاري (محمد بن اسماعيل): أبو عبد ا محمد بن اسماعيل ابن المغيرة البخاري ولد في شوال سنة 194هـ .حفظ تصانيف ابن المبارك وهو صبي سمع من أحمد بن حنبل وخلائق عدة. كان من أوعية العلم يتوقد ذكاء ولم يخلف بعده مثله. حدث عنه الترمذي وابن خزيمة خلق كثير. ألف الصحيح والتاريخ الكبير والصغير. توفي سنة 256هـ .[انظر:شذرات الذهب 134/2،الأعلام 258/6، تذكرة الحفاظ: 555/2].

البكري:هو بدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان بن الزكي البكري المصري الشافعي ،تلقى علومه عن طائفة من علماء عصره ،ذكر منهم جمال الدين الإسنوي المتوفى في سنة 772هـ و لم يذكر له سنة وفاة و لكنه عاش بين القرنين الثامن و التاسع الهجريين،من مؤلفاته :"المذاكرة في عمل أهل الآخرة" ،"الاستغناء في الفرق و الاستثناء" و غيرها.[انظر: مقدمة محقق كتاب الاستغناء،معجم المؤلفين 48/10].

البيضاوي: أبو الخير البيضاوي: عبد ا بن عمر بن محمد بن علي قاضي القضاة. صاحب المصنفات وعالم أذربيجان وشيخ تلك الناحية. من مصنفاته المنهاج، الطوالع في علم الكلام ومختصر الكشاف توفي سنة 691هـ .[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة:28/2].

البيهقي:أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى النيسابوري، الإمام الحافظ، ينسب إلى بيهق وهي قرى مجتمعة ناحية نيسابور، ولد في شعبان سنة 384هـ أخذ الحديث علي أبي عبد ا الحاكم كان كثير التحقيق والانصاف حسن التصنيف ومن تصانيفه السنن الكبرى والسنن الصغرى ومعرفة السنن والآثار. ودلائل النبوة. توفي في نيسابور في جمادى الأولى سنة 458هـ وحمل إلى بلده فدفن فيها.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 225/1 –طبقات الشافعية: 8/4].

الترمذي:هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن تورة السلمي البغوي الترمذي أحد أئمة الحديث تتلمذ على البخاري و شاركه في بعض شيوخه.من مصنفاته:"الجامع الكبير"في الحديث.توفي بترمذ سنة 279هـ .[انظر:الأعلام 213/7].

التفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد ا التفتازاني الملقب بسعد الدين الأصولي المتكلم. له مصنفات في علوم شتى منها التلويح في كشف حقائق التنقيح في الأصول وشرح الأربعين النووية. وشرح

على العقائد النسفية في التوحيد توفي سنة 791هـ بسمر قند. وولد سنة 712هـ بتفتازان.[انظر: شذرات الذهب: 547/8، إنباء الغمر: 377/2].

التهانوي: هو محمد بن علي بن القاضي محمد الفاروقي الحنفي التهانوي،باحث هندي،له مشاركة في علوم مختلفة.من مؤلفاته:"كشف اصطلاحات الفنون" الذي فرغ من تأليفه سنة 1158هـ ،"سبق الغايات في نسق الآيات" و غير ذلك .[انظر:الأعلام 295/6].

الثوري (سفيان):هو سفيان بن سعيد، أبو عبد ا الثوري الكوفي، كان إماما في الحديث و التفسير و في علوم أخرى، أحد الأئمة المجتهدين الذين لم تنتشر مذاهبهم،أثنى عليه العلماء دينا و علما. توفي بالبصرة سنة 161هـ .[انظر: وفيات الأعيان: 266/2، شذرات الذهب: 250/1].

جابر بن يزيد: هو أبو عبد ا جابر بن يزيد بن حارث الجعفي الكوفي،تابعي من فقهاء الشيعة ،أثنى عليه بعض رجال الحديث و اتهمه آخرون بالرجعة ،و ضعفوه،كان كثير الرواية غزير العلم ،توفي في الكوفة سنة 128هـ و قيل غير ذلك،من آثاره :نسب له "كتاب التفسير" و "مقتل الحسين بن علي بن أبي طالب"و "كتاب الفضائل" و "كتاب الهروان" و"كتاب صفين"و غيرها.[انظر: شذرات الذهب 175/1، الأعلام105/2].

الجرجاني(السيد الشريف): هو علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي، و يعرف بالسيد الشريف ،ولد بجرجان و إليها نسب،شارك في علوم كثيرة و لاسيما الفلسفية و العربية و الأصولية ، و برع فيها حتى قالوا عنه:أنه علامة دهره و عالم بلاد الشرق.توفي في شيراز سنة 816هـ .من مؤلفاته:"التعريفات " و "شرح المواقف" و "شرح السيراجية في الفرائض" و حواشي متعددة.[انظر:الأعلام7/5]

الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف الجصاص ولد سنة 305هـ انتهت إليه رئاسة الحنفية وسئل بالقضاء فامتنع. تفقه على أبي الحسن الكرخي وتخرج عليه. له كتاب أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخي – وشرح مختصر الطحاوي وشرح الجامع الصغير والجامع الكبير لمحمد بن الحسن توفي يوم الأحد سابع ذي الحجة سنة 370هـ ببغداد.[انظر: تاج التراجم: 96. الفوائد البدهية: 53].

الحاكم: أبو عبد ا الحاكم محمد بن عبد ا الطهماني النيسابوري الحافظ الكبير ولد سنة 321هـ اعتنى به أبوه فسمعه في صغره ثم سمع هو بنفسه وكتب عن نحو الفي شيخ. برع في معرفة الحديث وفنونه وصنف التصانيف الكثيرة منها المستدرك على الصحيحين وهو صدوق من الأثبات لكن فيه تشيع ويصحح واهيات توفي فجاءة بعد خروجه من الحمام سنة 405هـ .[انظر: تذكرة الحفاظ: 1039/3].

الحسن البصري: الحسن بن أبي الحسن بن يسار، أبو سعيد البصري، يقال مولى زيد بن ثابت، ويقال: مولى جميل بن قطبة، كان عالماً، ثقة، عابداً، من كبار التابعين، ولد لسنتين بقيتا من خلافة

عمر، وشهرته تغني عن تعريفه، توفي سنة 110هـ .[انظر: العبر: 136/1، شذرات الذهب: 136/1، ميزان الاعتدال: 483/1، وفيات الأعيان: 354/1].

الحصني: هو أبو بكر محمد بن عبد المؤمن بن حريز الحصني الشافعي،الملقب بتقي الدين و المنسوب إلى الحصن من قرى حوران تلقى العلم عن شيوخ عصره في بلاد الشام،و برع في علوم عدة ،و قد بالغ في الزهد و التقليل من الدنيا كما عرف بتعصبه للأشاعرة ،توفي في دمشق سنة 829هـ .من مؤلفاته :"القواعد في الفقه"،"كفاية الأخيار في شرح الغاية في الفقه الشافعي" ، "تنبيه السالك إلى مظان المهالك" و "شرح مسلم " و غيرها.[انظر: شذرات الذهب 188/7 ، الأعلام69/2].

الحصيري: هو العلامة أبو المحامد محمود بن أحمد بن عبد السيد البخاري،ولد في بخارى و نسبته إلى محلة فيها كان يعمل بها الحصير ،كان من العلماء العاملين انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة ،توفي بدمشق سنة 636هـ ،من مؤلفاته: "التحرير شرح الجامع الكبير" ،"الطريقة الحصيرية"،"النجم الهادي الساري إلى حل ألفاظ البخاري".[انظر: الأعلام 161/7].

الحموي: هو أبو العباس أحمد بن محمد مكي المعروف بشهاب الدين الحموي الحنفي ، المصري الحموي الأصل ،كان مفتي الحنفية في مصر،و مدرسا بالمدرسة السليمانية في القاهرة ،توفي سنة 1098هـ .من مؤلفاته: "حاشية الدرر و الغرر" في الفقه و "غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه و النظائر" لابن نجيم و "كشف الرمز عن خبايا الكنز" و غيرها. [انظر:الأعلام239/1].

الخشني: أبو ثعلبة ، اختلف في اسمه و اسم أبيه اختلافا كبيرا ،فقيل هو جرثوم بن ناشر و قيل جرهم بن ناشم،و قيل غير ذلك،قدم على النبي صلى ا عليه و سلم و هو يتجهز لحنين فأسلم و ضرب له بسهمه ، و بايع بيعة الرضوان ، أما وفاته فقد كانت بالشام سنة 75هـ . [انظر:تهذيب التهذيب 49/2].

الخطيب البغدادي: أبو بكر الخطيب البغدادي أحمد بن علي بن ثابت. أحد حفاظ الحديث وضابطيه التقيين ولد في جمادى الآخرة سنة 392هـ وتفقه على القاضي أبي الطيب الطبري واستفاد من الشيخ أبي اسحاق الشيرازي. من مصنفاته تاريخ بغداد. توفي في ذي الحجة سنة 463هـ ودفن إلى جانب بشر الحافي.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 246/1].

الدارقطني: الإمام علي بن عمر الدار قطني، أبو الحسن، صاحب السنن، كان إمام عصره في الحديث، وأول من صنف في القراءات، شافعي المذهب، له مؤلفات منها "السنن" و "العلل" وغيرها. توفي في بغداد سنة 285هـ .[انظر: تاريخ بغداد: 34/12، تذكرة الحفاظ: 186/3، شذرات الذهب: 116/3، العبر: 28/3، وفيات الأعيان: 459/2].

داود الظاهري: داود بن علي بن خلف، الإمام أبو سليمان الأصبهاني ثم البغدادي، إمام أهل الظاهر، صاحب التصانيف، كان أحد أئمة المسلمين وهداتهم، زاهداً متقللا، توفي سنة 270هـ في رمضان وقيل في ذي القعدة و له سبعون سنة. سمع العنبي وسليمان بن حرب وطبقتهما، وتفقه

على أبي ثور، وابن راهويه. نشأ ببغداد وتوفي بها. وكان من أكثر الناس تعصباً للإمام الشافعي، وصنف في فضائله كتابين، وكان صاحب مذهب مستقل وكان ولده أبو بكر محمد على مذهبه.[انظر: شذرات الذهب: 297/3 – 300، العبر: 45/2، الفهرست: 303، لسان الميزان: 422/2، ميزان الاعتدال: 321/1، وفيات الأعيان: 255/2 – 257، طبقات الشيرازي: 76، تاريخ بغداد: 369/8].

الدبوسي: عبيد ا بن عمر بن عيسى، القاضي أبو زيد الدبوسي، نسبة إلى قرية بين بخارى وسمرقند، يقال لها "دبوسة" أو "دبوسية". تفقه على أبي جعفر الاستروشني عن أبي بكر محمد بن الفضل عن عبد ا السبذموني، قيل أنه أول من وضع علم الخلاف. من تصانيفه "تقويم الأدلة" و "الأسرار" و "تأسيس النظر". توفي ببخارى سنة 430هـ وعمره ثلاث وستين وكان أحد من يضرب به المثل في النظر واستخراج الحجج.[انظر: الفوائد البهية: 184، تاج التراجم: 192 – 193، العبر: 3/ 171، شذرات الذهب: 150/5]

الدهشة(ابن خطيب): هو أبو الثناء محمود بن أحمد الهمذاني الفيومي الحموي الشافعي،أصله من الفيوم في مصر انتقل أبوه إلى الشام فولد له المترجم في حماة التي نشأ فيها و تفقه على طائفة من العلماء ،و قد عرف أبو الثناء بابن خطيب الدهشة ،أفتى و درس و تولى القضاء ،توفي في حماة سنة 834هـ .من مؤلفاته:"تحفة ذوي الإرب في مشكل الأسماء و النسب"،"شرح الكافية لابن مالك" و غيرها.[انظر:شذرات الذهب 210/7، الأعلام162/7].

الرازي (فخر الدين): أبو عبد ا ، فخر الدين، محمد بن عمر بن الحسين بن علي الرازي ولد بالري سنة 544هـ، حيث كانت تقيم أسرته بعد أن غادرت طبرستان، وهو قرشي النسب. وهو الإمام الأصولي النظار المفسر. توفي بهراة يو عيد الفطر سنة 606هـ. اشتغل على والده الإمام ضياء الدين خطيب الري، صاحب محيي السنة البغوي. كان فريد عصره ومتكلم زمانه. من تصانيفه تفسير كبير هو "مفاتيح الغيب" وكتاب "المحصول".[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 84/2، شذرات الذهب: 40/7-42، سير أعلام النبلاء: 500/21-501].

الروياني (عبد الواحد): عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن، فخر الإسلام الروياني، فقيه شافعي من أهل رويان، بنواحي طبرستان، رحل إلى بخارى وغزنة ونيسابور وبنى بآمل طبرستان مدرسة. وانتقل إلى الري ثم إلى أصبهان. وعاد إلى آمل . كان متمكنا في مذهب الشافعي. له تصانيف، منها "بحر المذهب" من أطول كتب الشافعية، و "مناصيص الإمام الشافعي" وغيرها. ولد سنة 415هـ وتوفي سنة 502هـ.[انظر: وفيات الأعيان: 198/3-199، الأعلام: 175/4].

الزجاج : هو إبراهيم بن محمد بن السري بن سهل الزجاج،نحوي ،ولد ببغداد سنة 241هـ و توفي بها سنة 311هـ .[انظر:وفيات الأعيان49/1].

الزرقا :هو الشيخ أحمد بن محمد بن عثمان الزرقا،كان أبوه من علماء الشام و فقهاء الحنفية البارزين فيها فتأثر به و لازمه و قرأ عليه عددا من كتب الفقه الحنفي منها كتاب الأشباه و النظائر

لابن نجيم،تولى التدريس بعد والده في عدد من جوامع الشام ،توفي في حلب سنة 1357هـ .من مؤلفاته:"شرح القواعد الفقهية".[انظر:مقدمة كتاب الزرقا" شرح القواعد الفقهية" لعبد الفتاح أبو غدة].

الزركشي (بدر الدين): بدر الدين الزركشي أبو عبد ا محمد بن بهادر بن عبد ا المصري الزركشي الشافعي، ولد سنة 745هـ وتوفي سنة 794هـ. أخذ عن الشيخين جمال الدين الإسنوي. وسراج الدين البلقيني ورحل إلى حلب ودمشق لطلب العلم والحديث، كان فقيهاً أصولياً أديباً فاضلاً، درس وافتى وولي مشيخة خانقاه كريم الدين بالقرافة الصغرى من تصانيفه: "تكملة شرح المنهاج للأسنوي". و "خادم الشرح" و "الروضة" و "البحر" في الأصول وغير ذلك، توفي بمصر في رجب ودفن بالقرافة الصغرى.[انظر:شذرات الذهب: 572/8-573، أنباء الغمر : 138/3، الدرر الكامنة: 397/3].

الزمخشري: محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الزمخشري، أبو القاسم جار ا . المعتزلي. كان واسع العلم كثير الفضل، ولد في رجب سنة 497هـ وورد بغداد غير مرة وجاور بمكة، له الكشاف في التفسير والفائق في غريب الحديث والمعضل في النحو وغير ذلك مات يوم عرفة سنة 538هـ.[انظر:بغية الوعاة: 279/2-280]

الزنجاني:هو أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود شهاب الدين الزنجاني، نسبة إلى زنجان بقرب أذربيجان،استوطن بغداد ،شافعي المذهب،من مؤلفاته:"تخريج الفروع على الأصول"،ولد سنة 573هـ و توفي سنة 656هـ. [انظر:مقدمة تخريج الفروع،الأعلام37/8].

الزهري:هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد ا ابن شهاب الزهري،نسبة إلى بني زهرة بن كلاب،من قريش،أحد الفقهاء و المحدثين و الأعلام التابعين بالمدينة،من أحفظ أهل زمانه للسنن و أحسن لها سياقا ،رأى عشرة من الصحابة و روى عنه جماعة من الأئمة منهم مالك و السفيانان ، نزل الشام و استقر بها.و كتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله:عليكم بابن شهاب فإنكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة منه.قال ابن الجزري:"مات بشغب ،آخر حد الحجاز و أول حد فلسطين".و كانت وفاته سنة 124هـ ،أما ميلاده فسنة 58 هـ.[انظر:تذكرة الحفاظ102/1،تهذيب التهذيب445/9،الأعلام97/7]

السبكي (عبد الوهاب بن علي): عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين أبو نصر الخزرجي ولد بالقاهرة سنة 727هـ. قرأ على الحافظ المزي ولازم الذهبي وتخرج عليه. وطلب بنفسه. قال ابن كثير جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاض قبله وحصل له من المناصب ما لم يحصل لأحد قبله. من تصانيفه رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، وشرح منهاج البيضاوي والقواعد المشتملة على الأشباه والنظائر وطبقات الفقهاء الكبرى. توفي شهيداً بالطاعون في ذي الحجة سنة 771هـ.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 256/2، ذيل العبر: 303/2-306، الوفيات لابن رافع: 362/2-364].

السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، شمس الأئمة، تخرج بعبد العزيز الحلواني وأملى المبسوط وهو في السجن وله جزء ضخم في أصول الفقه وشرح السير الكبير. وشرح مختصر الطحاوي وكتاب الكسب لمحمد بن الحسن. مات في حدود الخمسمائة. [انظر: تاج التراجم: 234، الفوائد البهية: 261].

سعد بن أبي وقاص: سعد بن مالك بن أهيب القرشي الزهري بن أبي وقاص، الصحابي الجليل.كان على رأس من فتح العراق.توفي سنة 51هـ وقيل غير ذلك.[انظر: الإصابة: 33/2].

السنباطي:هو محمد بن عبد الصمد بن عبد القادر السنباطي المصري الشافعي الملقب بقطب الدين المكي أبي عبد الله، ولد سنة 653هـ ،سمع من الدمياطي و غيره كان إماما حافظا للمذهب عارفا بالأصول دينا متواضعا.من مصنفاته :"استدراكات على تصحيح التنبيه للنووي" و اختصر قطعة من الروضة.[انظر:شذرات الذهب 57/6].

السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي ولد بالقاهرة سنة 849هـ نشأ يتيماً فاعتنى به الكمال بن الهمام وحفظ القرآن وعمدة الأحكام ومنهاج النووي وألفية ابن مالك ومنهاج البيضاوي. كان ذا قدم راسخة في علوم شتى. من أشهر مصنفاته الاتقان في علوم القرآن والأشباه والنظائر وتدريب الراوي توفي سنة 911هـ .[انظر: شذرات الذهب: 74/10، الضوء اللامع: 65/4-70].

الشاطبي (أبو اسحاق): أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المشهور بالشاطبي، الفقيه الأصولي المفسر المحدث مع الصلاح والعفة والورع واتباع السنة واجتناب البدعة. أخذ عن أئمة منهم: ابن الفخار وأبي عبد الله البلنسي والشريف التلمساني وغيرهم. وعنه أبو بكر بن عاصم، وأخوه أبو يحيى محمد وغيرهم. له تآليف نفيسة منها شرح الخلاصة والموافقات والاعتصام، توفي في شعبان سنة 790هـ .[انظر: شجرة النور الزكية: 231 رقم 828، نيل الابتهاج بتطريز الديباج: 46 وما بعدها].

الشافعي: هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي، يتصل نسبه بنسب النبي - صلى الله عليه وسلم - في عبد مناف، ولد بغزة (فلسطين) سنة 150هـ ونشأ بطلب العلم بمكة، ثم المدينة، ليتتلمذ على الإمام مالك، ثم العراق إذ لقي محمداً بن الحسن صاحب أبي حنيفة، ثم توجه إلى مصر فلقي الليث وغيره، وهو أشهر من أن يعرف، توفي سنة 204هـ .من آثاره "الرسالة" في أصول الفقه،"اختلاف الحديث"،"أحكام القرآن"،"الأم"في الفقه و غيرها.[انظر: طبقات الشافعية الكبرى: 194/1-204، سير أعلام النبلاء: 5/10].

الشعبي: عامر بن شراحيل الشعبي ، أبو عمرو، ثقة مشهور، فقيه، كوفي تابعي، كان جليل القدر، وافر العلم. توفي سنة 104هـ ، وقيل غير ذلك.[انظر: شذرات الذهب: 126/1، وفيات الأعيان: 15/3].

الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، من علماء اليمن، من أهل صنعاء، صاحب "إرشاد الفحول" و "نيل الأوطار" ولد بهجرة شوكان من بلاد خولان باليمن سنة 1173هـ

ونشأ بصنعاء وهو قاضياً عليها منذ سنة 1229هـ. كان يرى تحريم التقليد. وله 114 مؤلفاً منها ما ذكرناه.[انظر: البدر الطالع: 2/214-225، الأعلام: 6/298].

الشيرازي(أبو إسحاق): أبو إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد ا شيخ الإسلام علما وعملاً وورعاً. ولد في فيروز أباد سنة 393هـ. من شيوخه أبو حاتم القزويني وأبو علي الزجاجي والقاضي أبو الطيب. من تصانيفه التنبيه والمهذب واللمع والتبصرة والمعونة في الجدل. توفي في جمادى الآخرة سنة 476هـ.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 1/244، طبقات الشافعية: 4/215].

صدر الشريعة:هو عبيد ا بن مسعود بن محمد البخاري المحبوبي الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر من فقهاء الأحناف و أصولييهم و جدلييهم،إلى جانب كونه محدثا و مفسرا و نحويا و لغويا و منطقيا و أديبا ،توفي سنة 747هـ.من مؤلفاته:"التوضيح في حل غوامض التنقيح" في أصول الفقه،"الوشاح في المعاني و البيان"،"شرح الوقاية" في الفقه الحنفي،و "تعديل العلوم".[انظر:الأعلام4/197].

الطبري (أبو علي): الإمام الحسين بن القاسم أبو علي الطبري، شيخ الشافعية ببغداد، له وجوه مشهورة في المذهب الشافعي، تفقه على أبي على ابن أبي هريرة، ودرس الفقه بعده، صنف "الإفصاح" و "المحرر" .توفي سنة 350هـ.[انظر: طبقات الشافعية: 3/280، طبقات الشيرازي: 94،تاريخ بغداد: 8/87، شذرات الذهب: 3/3، وفيات الأعيان: 1/358، العبر: 2/286].

عائشة(أم المؤمنين):هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق،تكنى بأم عبد ا ، كانت من أفقه نساء المسلمين و أعلمهن بالدين،تزوجها النبي صلى ا عليه و سلم في السنة الثانية للهجرة ،كانت أحب نسائه إليه و أكثرهن رواية عنه،توفيت بالمدينة سنة 58هـ.[انظر:شذرات الذهب161،الأعلام2/420].

عبد ا بن عباس: عبد ا بن عباس بن عبد المطلب القرشي توفي بالطائف سنة 68هـ. صحابي معروف.[انظر: الإصابة: 2/330].

عبد ا بن عمر: عبد ا بن عمر بن الخطاب، القرشي العدوي. الصحابي الجليل. توفي سنة 14هـ. وهو من كبار الصحابة.[انظر: أسد الغابة: 3/340، الإصابة: 2/347].

عبد ا بن مسعود: عبد ا بن مسعود الهذلي أحد السابقين إلى الإسلام من الصحابة.
[انظر: الإصابة: 2/369].

عبد الوهاب (القاضي المالكي): أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون بن أمير العرب مالك بن طوق التغلبي البغدادي العراقي المالكي. ولد ببغداد سنة 362هـ يوم الخميس سابع شوال. ونشأ في دار علم وفقه وأدب وفضل. أخذ عن الأبهري وابن القصار وابن الجلاب وأبي بكر الباقلاني وغيرهم. وعنه ابن عمروس والخطيب البغدادي وأبو إسحاق

الشيرازي وغيرهم. من مؤلفاته التلقين" و" المعونة و " الإشراف على مسائل الخلاف" وغيرها. توفي بمصر سنة 422هـ في شهر شعبان.[انظر: شجرة النور الزكية: 103، ترتيب المدارك: 220/7، سير أعلام النبلاء: 429/17، تاريخ بغداد: 31/11].

العراقي(زين الدين): أبو الفضل، زين الدين ، عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي الكردي الرازياني المصري الشافعي الأثري الحافظ الكبير محدث الديار المصرية وأصله من العراق قدم أبوه القاهرة. ولد في جمادى الأولى سنة 725. خرج أحاديث الإحياء. ونظم علوم الحديث لابن الصلاح ثم شرحه ويحمل نكتاً على ابن الصلاح ونظم السيرة النبوية في ألف بيت ونظم منهاج البيضاوي. مات بعد خروجه من الحمام في شعبان سنة 806هـ.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 359/2].

عطاء (ابن أبي رباح المكي):الإمام أبو محمد عطاء بن أبي رباح المكي،مولى قريش،كان فقيه الحجاز،عابداً،ديناً،قال الأوزاعي:مات عطاء يوم مات وهو أرض أهل الأرض عند الناس،وقال أبو حنيفة:ما رأيت أفضل منه.توفي في رمضان سنة 114هـ وقيل:سنة 115هـ.[انظر: شذرات الذهب: 147/1، تذكرة الحفاظ: 98/1، العبر: 142/1، وفيات الأعيان: 423/2].

علي بن أبي طالب:هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي رابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة و ابن عم النبي صلى ا عليه و سلم و صهره ،عرف بشجاعته و فصاحته و علمه بالقضاء،كان أول الناس إسلاما بعد خديجة ،ولد بمكة و تربى في حجر النبي صلى ا عليه و سلم ،ولي الخلافة بعد عثمان بن عفان رضي ا عنهما،استشهد بالكوفة سنة 40هـ.[انظر:شذرات الذهب 49/1، الأعلام 295/4].

العليمي:هو ياسين بن زين الدين بن أبي بكر الحمصي الشهير بالعليمي،كان من رواد عصره في علوم العربية،ولد بحمص و نشأ و تعلم فيها ثم ارتحل إلى مصر و مات فيها سنة 1061هـ.من مؤلفاته:حاشية على ألفية بن مالك،حاشية على متن القطر،حاشية على شرح التلخيص المختصر للتفتزاني،حاشية على التصريح شرح التوضيح لابن هشام.[انظر:الأعلام 130/8].

عمر بن الخطاب:هو أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوي القرشي الملقب بالفاروق،ثاني الخلفاء الراشدين و أول من لقب بأمير المؤمنين منهم،و هو أحد العشرة المبشرين بالجنة ،كان من أشراف قريش،و من رجالاتها المعدودين و كان إسلامه فتحا على المسلمين،تميز بشجاعته و ذكائه و حصافة عقله، في عهده تم فتح العراق و الشام و مصر و مصرت مدن عديدة، و هو الذي جعل الهجرة مبدأ التاريخ الإسلامي و ضرب الدراهم الإسلامية ،استشهد سنة 23هـ.[انظر:ابن الأثير19/3،الأعلام45/5]

عمر بن عبد العزيز:هو أمير المؤمنين، أبو حفص،عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية، القرشي الأموي، الخليفة العادل، خامس الخلفاء الراشدين، توفي سنة 101هـ

ومات معه عمه الأمير محمد بن مروان بن الحكم الأموي.[انظر: شذرات الذهب: 119/1، سير أعلام النبلاء: 114/5-148، العبر: 120/1،الأعلام209/5].

عمرو بن حزم: عمرو بن حزم بن زيد الأنصاري. استعمله النبي ـ صلى ا عليه وسلم ـ على نجران، وكتب له كتاباً فيه الفرائض والزكاة والديات وغير ذلك.[انظر: الإصابة: 532/2، الاستيعاب: 517/2].

العيني:هو محمد بن أحمد بن موسى بن محمد بدر الدين العيني الحنفي ، مؤرخ علاّمة من كبار المحدثين أصله من حلب من قرية عينتاب و إليها نسب، صاحب عمدة القارئ شرح صحيح البخاري و غيره، توفي سنة 855 هـ بالقاهرة.[انظر:الأعلام164/7].

الغزالي (أبو حامد): زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي الغزالي الملقب بحجة الإسلام، ولد بطوس سنة 450هـ، وكان والده يغزل الصوف، وتوفي في رابع عشر جمادى الآخرة سنة 505هـ.تتلمذ على إمام الحرمين، ولاه نظام الملك تدريس مدرسته ببغداد، خرج له أصحاب، وصنف التصانيف مع التصون والذكاء المفرط والاستبحار في العلم كانت وفاته بالطابران، قصبة بلاد طوس، وله خمس وخمسون سنة. والعزالي: هو الغزالى. وكذا العطاري والخبازي على لغة أهل خراسان. وقيل: أن الزاي مخففة، نسبة إلى غزالة وهي قرية من قرى طوس. له تصانيف كثيرة منها: "احياء علوم الدين" و "البسيط" و "الوسيط" و "المهذب" و "الوجيز" و "المستصفى" و "المنخول" وغير ذلك.[انظر: شذرات الذهب: 18/6-22، وفيات الأعيان: 98/1، الأنساب: 140/9، سير أعلام النبلاء: 322/19-346، العبر: 10/4، طبقات الشافعية للأسنوي: 111/2-113، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 300/1-301].

الغزي(عيسى بن عثمان):الملقب بشرف الدين من علماء الشافعية في القرن الثامن ، تصدر الفتوى و اشتغل بالتأليف،كان فقير الحال ثم استغنى من جهة زوجة تزوجها فماتت فورث منها مالا ،توفي سنة 799هـ .من مؤلفاته:شرح المنهاج،و مختصر روضة الطالبين ،و مختصر المهمات ،و آداب القضاء ،و القواعد في فروع الشافعية.[انظر:الأعلام 105/5].

الفارابي: هو أبو النصر محمد بن أحمد بن طرخان ، من فلاسفة المسلمين المشهورين ، منسوب إلى فاراب في بلاد الترك ، اشتهر بمباحثه المنطقية و تحقيقاته فيها كما عرف بالموسيقى ، و يقال أنه وضع الآلة المسماة بالقانون ، استقر به المقام في حلب عند سيف الدولة الحمداني ، و بقي ملازما له حتى توفي في دمشق في أثناء سياحة قام بها إليها سنة 339هـ .من مؤلفاته "التوفيق بين رأي الحكيمين أفلاطون و أرسطو" و "خصوص المسائل" و "إحصاء العلوم" و رسالة في المنطق.[انظر:وفيات الأعيان239/4 و ما بعدها،شذرات الذهب 300/2].

الفراء: أبو زكريا، يحيى بن زياد الفراء، أعلام الكوفيين بالنحو بعد الكسائي، وقد أخذ علمه عن الكسائي، وهو عمدته، ثم أخذ عن اعراب وثق بهم. وكان الفراء متورعاً متدينا. مات في طريق مكة سنة 207هـ.[انظر: مراتب النحويين: 86-88].

الفيومي:هو أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ثم الحموي،ولد و نشأ في الفيوم في مصر،ثم ارتحل إلى حماة في بلاد الشام ،فقيه لغوي ،توفي نحو سنة 770هـ.من مؤلفاته:"المصباح المنير في غريب الشرح الكبير" و " نثر الجمان في تراجم الأعيان" و ديوان خطب.[انظر:كشف الظنون 1710،الأعلام 224/1].

القرافي: شهاب الدين، أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، المتوفى في جمادى الآخرة سنة، 684 هـ، من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب وإلى قرافة المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة. له تصانيف منها شرح المحصول للرازي المسمى نفائس الأصول، والذخيرة في الفروع، وشرح تنقيح الفصول وكتاب في الفروق الفقهية أخذ عن جمال الدين بن الحاجب والعز بن عبد السلام والفاكهاني والبقوري.[انظر: شجرة النور الزكية: 188 رقم: 627، الديباج المذهب: 236/1].

القرطبي(أبو عبد الله محمد بن أحمد):هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر ،صاحب التفسير المشهور ،إمام متقن متبحر في العلم له تصانيف مشهورة تدل على إمامته و كثرة اطلاعه و وفور فضله،توفي سنة 670هـ.[انظر:طبقات المفسرين69/2].

القفال الشاشي (أبو بكر): محمد بن علي بن إسماعيل، القفال الكبير، الشاشي، أحد كبار أئمة الشافعية، له باع طويل في كل العلوم، من حديث، وتفسير، وفقه، وأصول، ولغة، وشعر، توفي سنة 360هـ بالشاش.[انظر: طبقات الشافعية: 200/3، شذرات الذهب: 51/3، العبر: 328/2، وفيات الأعيان: 338/3].

الكرخي (أبو الحسن): أبو الحسن ، عبيد الله بن الحسين الكرخي، من كرخ، انتهت إليه رياسة الحنفية ببغداد بعد أبي حازم وأبي سعيد البردعي، تفقه عليه الرازي، والدامغاني والتنوخي. كان كثير الصوم والصلاة صابراً، صنف "المختصر" و "الجامع الكبير" و "الجامع الصغير" أودعهما الفقه والحديث، وله كتاب في أصول الفقه، والآثار. ولد سنة 260هـ، وتوفي سنة 340هـ.[انظر: شذرات الذهب: 358/2، تاريخ بغداد: 10/ 353، الفهرست: 293].

الكفوي:هو أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي ،ولد في "كفا" القرم و إليها نسب، نشأ في كفا و تفقه على مذهب أبي حنيفة ،ثم استدعي إلى اسطنبول و عين قاضيا فيها،ثم عاد إلى كفا و ولي القضاء فيها ثم في بغداد و القدس و عاد بعد ذلك إلى اسطنبول فتوفي فيها سنة 1094هـ.من مؤلفاته "الكليات"،" شرح بردة البوصيري" ،كتاب في اللغة التركية سماه "تحفة الشاهان" و هو في العقائد و الأخلاق.[انظر:الأعلام 38/2]

الليث بن سعد: هو أبو الحارث الليث بن عبد الرحمن المصري ، فقيه و إمام مشهور روى عن خير بن نعيم.[انظر:تهذيب التهذيب 459/8-464].

الليثي (يحيى بن يحيى) : هو أبو محمد يحيى بن أبي عيسى يحيى بن كثير بن وسلاس الليثي ولاء بربري الأصل عاقل الأندلس و محدثها ، و روايته الموطأ عن مالك أكثر انتشارا بين الناس إلى يومنا ، به انتشر مذهب مالك في الأندلس لما له من مكانة عند السلطان ، إليه انتهت رئاسة العلم و الفتيا بعد عيسى بن دينار ، ولد سنة 152هـ و توفي بقرطبة سنة 234هـ .[انظر: تهذيب التهذيب 300/11،الأعلام 176/8]

المازري (محمد بن علي): أبو عبد ا المازري محمد بن علي بن عمر المالكي المحدث، نسبته إلى مازر بجزيرة صقلية، كان من كبار أئمة زمانه ومن فقهاء المالكية. ولد سنة 453 هـ وتوفي بالمهدية سنة 536هـ، عن ثلاث وثمانين سنة. من مصنفاته "المعلم بفوائد مسلم" في الحديث، و"شرح التلقين" في الفروع، و "إيضاح المحصول في الأصول" وهو شرح للبرهان لم يفت بغير المشهور من مذهب مالك. أخذ عن أبي الحسن اللخمي وعبد الحميد الصائغ وغيرهما وعنه من لا يعد كثرة منهم ابن الفرس.[انظر: شذرات الذهب:186/6، الأعلام: 277/6، شجرة النور الزكية: 127-128رقم: 371].

مالك بن أنس:أبو عبد ا ، مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي القحطاني، ولد في المدينة المنورة سنة 94هـ وبها توفي سنة 179هـ ، وهو إمام دار الهجرة، وصاحب الموطأ. وأشهر من أن يعرف.[انظر:وفيات الأعيان:135/4،شذرات الذهب:289/1، سير أعلام النبلاء:48/8وما بعدها،ترتيب المدارك للقاضي عياض:102/1 وما بعدها].

الماوردي(أبو الحسن البصري):هو علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي، أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة سنة 364هـ وانتقل إلى بغداد. نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد سنة 450هـ. من مصنفاته: "الأحكام السلطانية" و "أدب الدنيا والدين" و "الحاوي" في فقه الشافعية، و "نصيحة الملوك" وغيرها.[انظر: شذرات الذهب: 218/5-219، تاريخ بغداد: 102/12، وفيات الأعيان: 282/3- 284، طبقات الشافعية الكبرى: 267/5-285، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 240/1].

المحلي(جلال الدين):هو محمد بن أحمد بن محمد المحلي المصري الشافعي الملقب بجلال الدين ، كان فقيها و أصوليا و متكلما،و نحويا و مفسرا و صف بحدة الذكاء ،حتى قالوا:إن ذهنه يثقب الماس، و سماه بعضهم تفتازاني العرب ،كان متقشفا يأكل من كسب يده ،توفي في مصر سنة 864هـ.من مؤلفاته :"شرح الورقات" "البدر الطالع في حل جمع الجوامع" "شرح المنهاج في فقه الشافعية".[انظر:شذرات الذهب 303/7،الأعلام 333/5].

محمد الطاهر بن عاشور: محمد الطاهر بن عاشور، رئيس المفتين المالكيين بتونس وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس، ولد سنة 1296هـ وتوفي سنة 1393هـ. وهو من أعضاء المجمعين العربيين في دمشق والقاهرة. من مصنفاته "مقاصد الشريعة الإسلامية" و "التحرير والتنوير" في تفسير القرآن.[انظر: معجم الأعلام:722، الأعلام للزركلي: 174/6].

محمد بن الحسن (الشيباني): محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صحب أبا حنيفة، وعنه أخذ الفقه، ثم عن أبي يوسف، وروى عن مالك، ومسعر، والثوري، وعنه أبو عبيد، ويحيى بن معين. وهو من قرية بدمشق يقال لها "حرستا". توفي سنة 189هـ.[انظر: تاج التراجم: 159، العبر: 302/1، شذرات الذهب: 321/1، وفيات الأعيان: 324/3].

المزني: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق، أبو إبراهيم المزني، أحد أصحاب الشافعي الستة الذين رووا عنه مذهبه الجديد بمصر حدث عن الشافعي، ونعيم بن حماد وغيرهما، وحدث عنه ابن خزيمة، وابن أبي حاتم، وغيرهما، كان زاهداً عالماً مجتهداً. له تصانيف منها "المختصر" الذي شاع ذكره، و"الترغيب في العلم" و "المنثور" وغيرها. توفي سنة 264هـ.[انظر: طبقات الشافعية: 93/2، طبقات الشيرازي: 79، شذرات الذهب: 148/2، وفيات الأعيان: 196/1].

مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري ولد سنة 204هـ سمع عن يحيى بن يحيى التميمي والقعنبي و أحمد بن حنبل وخلق كثير. روى عنه الترمذي حديثاً واحداً وابن خزيمة وأبو عوانة وخلق سواهم. كان يناضل عن البخاري حتى أوحش ما بينه وبين محمد بن يحيى الذهلي بسببه. له تصانيف منها كتاب التمييز وكتاب الأفراد وكتاب الأقران وكتاب الصحيح. مات سنة 261هـ.[انظر: تذكرة الحفاظ: 588/2].

معاذ بن جبل : هو أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي ، أعلم الأمة بالحلال و الحرام ، شهد المشاهد كلها مع رسول ا صلى ا عليه و سلم و بعثه بعد غزوة تبوك إلى اليمن قاضيا و مرشدا و بقي فيها إلى أن انتقل الرسول صلى ا عليه و سلم إلى الرفيق الأعلى فعاد معاذ إلى المدينة ثم كان مع أبي عبيدة في غزو الشام و توفي بطاعون عمواس سنة 18هـ و عمره 33 و قيل 38 سنة.[انظر: طبقات ابن سعد 583/3].

المقري: هو محمد بن محمد بن أحمد القرشي المقري التلمساني ، ولد في تلمسان لأسرة ميسورة الحال ، فتفرغ للعلم في زمن مبكر ، و ارتحل إلى المشرق قاصدا الحج فالتقى في طريقه بعدد من علماء مصر و الشام و القدس و الحجاز ، تولى القضاء فترة ، و لازم في آخر حياته السلطان أبا غسان المريني ، توفي في فاس سنة 758هـ . من مؤلفاته:"عمل من حب لمن طب"،"الطرف و التحف"،"القواعد" و غير ذلك.[انظر: شذرات الذهب 193/6-196 ، شجرة النور 232 و فيه توفي سنة 756هـ ، الأعلام37/7] .

المنجور: هو أبو العباس أحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور،أصله من مكناسة،و إقامته و وفاته في فاس،من علماء المغرب و فقهائها و أصولييها و محدثيها،مع مشاركة في بعض العلوم و الآداب،توفي في فاس سنة 995هـ.من مؤلفاته:"شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب"،"الشرح المطول"،و"الحاشية على السنوسية الكبرى" في العقائد،و "شرح على القواعد الصغرى للزقاق".[انظر:شجرة النور 283،الأعلام18/12].

النخعي (إبراهيم): إبراهيم بن يزيد النخعي، أبو عمران، كان فقيه العراق، فقيه ثقة، كثير الإرسال، توفي سنة 96هـ وقيل 95هـ.[انظر: وفيات الأعيان: 25/1،شذرات الذهب: 111/1].

النظام: أبو إسحاق إبراهيم بن سيتار المعروف بالنظام، وهو شيخ الجاحظ، ومن أذكياء المعتزلة، قرر مذهب الفلاسفة في القدر الذي أنكره عليه عامة المسلمين، روي أنه كان لا يكتب ولا يقرأ وقد حفظ القرآن والتوراة و الأنجيل والزبور وتفسيرها مع كثرة حفظه الأشعار والأخبار واختلاف الناس في الفتيا. قال الجاحظ: ما رأيت أحداً أعلم بالكلام والفقه من النظام. توفي ما بين سنة 221هـ وسنة 223هـ. وهو زعيم الطائفة النظامية.[انظر: طبقات المعتزلة :49، تاريخ بغداد: 97/6، الفرق بين الفرق: 131].

النووي: يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام الحزامي النووي ،محي الدين، أبو زكريا، الدمشقي ولد في المحرم سنة 631هـ. قرأ القرآن وختم وقد ناهز الاحتلام حفظ التنبيه في نحو أربعة أشهر ونصف شيخ الاسلام وأحد الأعلام. من تصانيفه الروضة والمنهاج وشرح المهذب وشرح مسلم. مات في بلده نوى بعد ما زار القدس والخليل في رجب سنة 677هـ ودفن بها.[انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 9/2، تذكرة الحفاظ: 1470/4].

هلال بن أمية: هلال بن أمية الأنصاري الواقفي، من بني واقف، شهد بدراً، وهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك ثم تاب ا عليهم، وهو الذي قذف امرأته بشريك بن السحماء، فقال له النبي ـ صلى ا عليه وسلم ـ "البينة وإلا حد في ظهرك" فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن ا في أمري ما يبرئ ظهري من الحد "فنزل": "والذين يرمون أزواجهم"[النور6].[أنظر: أسد الغابة: 522/2، جامع القرطبي: 182/12، الاستيعاب: 604/3].

الفهارس:

و فيها ما يلي :

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث و الآثار
- فهرس القواعد و الضوابط
- فهرس الأعلام
- فهرس المصادر و المراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

أطراف الآيات	مواضعها في المصحف	مواضعها في الرسالة
أحلّ لكم صيد البحر وطعامه....	المائدة96	262
ألا إنهم يثنون صدورهم ليستخفوا منه...	هود5	111
إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان....	النحل106	159-79
خذ العفو و أمر بالعرف....	الأعراف199	313
خذ من أموالهم صدقة....	التوبة103	215
الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه....	الزمر18	209-201
فأتى ا بنيانهم من القواعد....	النحل26	22
فأجمعوا أمركم....	يونس71	**152**
فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت....	النساء 3	261
فاتقوا ا ما استطعتم....	التغابن16	180-77
فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع....	النساء 3	127
فخذها بقوة و أمر قومك يأخذوا بأحسنها....	الأعراف145	201
فكفّارته إطعام عشرة مساكين من أوسط....	المائدة89	315-80
فكلوا مما أمسكن عليكم....	المائدة4	-262-42 263
فلم تجدوا ماء فتيمموا....	النساء43	182
فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً....	النساء 78	25
فمن اضطر في مخمصة....	المائدة3	79

فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه....	البقرة 173	-132-79 169-164
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم....	البقرة 194	245
فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي....	البقرة 196	**248**
فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره و من يعمل مثقال ذرة شراً يره....	الزلزلة7-8	73
قد خلت من قبلكم سنن فسيروا في الأرض....	آل عمران137	128
كل نفس بما كسبت رهينة....	المدثر38	332
لا تضار والدة بولدها....	البقرة 233	253
لا يؤاخذكم ا باللغو في أيمانكم....	البقرة 225	77
لا يكلف ا نفسا إلا وسعها....	البقرة 286	-79-77 180
لتحكم بين الناس بما أراك ا	النساء 105	128
للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر....	البقرة 226	292
من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار....	النساء 12	159
من يطع الرسول فقد أطاع ا	النساء 80	130
هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب....	الحشر2	176
و أحلّ ا البيع وحرم الربا....	البقرة 275	317-127
و إذ يرفع إبراهيم القواعد....	البقرة127	22
و إذا حللتم فاصطادوا....	المائدة2	262
و إليه يرجع الأمر كله....	هود123	210
و أن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف....	النساء 23	261-116

و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة....	البقرة 237	328
و إن عزموا الطلاق	البقرة 227	-162 292-282
و إن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة....	البقرة 283	332
و إن من شيء إلاّ يسبح بحمده....	الإسراء 44	25
و أنزلنا إليك الذكر لتبين للنّاس....	النحل44	130
و اتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم....	الزمر55	209
و القواعد من النساء....	النور60	23
و المرسلات عرفاً....	المرسلات1	306
و بعولتهن أحق بردهن....	البقرة 228	77
و داود و سليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم....	الأنبياء78	148
و على الأعراف رجال....	الأعراف46	306
و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلاّ ما اضطررتم إليه....	الأنعام119	-168-79 169
و قضى ربك ألاّ تعبدوا إلا إياه....	الإسراء 23	36-23
و لئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب....	التوبة65	161-160
و لا تبطلوا أعمالكم....	محمد33	247
و لا تتخذوا آيات ا هزؤا....	البقرة 231	160
و لا تسبوا الذين يدعون من دون ا	الأنعام108	103
و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة....	البقرة 195	166
و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا....	البقرة 231	-159 254-245
و لا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة....	النور22	291
و لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم....	يوسف72	-185 190-189
و ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به و لكن ما تعمدت قلوبكم....	الأحزاب5	77
و ما آتاكم الرسول فخذوه....	الحشر7	-126

		130-128
و ما أمر فرعون برشيد....	هود97	210
و ما أمروا إلا ليعبدوا ا مخلصين له الدين....	البينة5	211
و ما جعل عليكم في الدين من حرج....	الحج78	-268-79 278
و ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى ا ورسوله أمراً....	الأحزاب36	131
و من يخرج من بيته مهاجرا إلى ا ورسوله....	النساء100	77
و من يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل....	النساء 115	154
و يدرؤ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات با	النور8	131
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف....	البقرة 233	80
يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي ا ورسوله....	الحجرات1	131
يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا....	البقرة 104	103
ياأيها الذين آمنوا إنما الخمر....	المائدة90	271
يريد ا أن يخفف عنكم....	النساء 28	79
يريد ا بكم اليسر ولا يريد بكم العسر....	البقرة 185	79
يسألونك عن الخمر و الميسر....	البقرة219	271
يسألونك ماذا أحل لهم....	المائدة4	262

فهرس الأحاديث والآثار

الأطراف	الرواة	الصفحات
أتي برجل ليصلى عليه:فقال عليه الصلاة والسلام:"هل عليه دين...	سلمة بن الأكوع	189
إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم....	أبو هريرة	77-180-182
إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة....	ابن مسعود	144-145
إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث....	ابن عمر	225
إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران....	عمرو بن العاص	301
أرأيت إن تمضمضت ؟....	عمر بن الخطاب	177
أرأيت لو كان على أبيك دين؟....	الخثعمية	177

أعطها شيئاً....	ابن عباس	231
أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها....	أبو هريرة	326
ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه....		130
أمرني رسول ا صلىا عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها...	عائشة	230
إن ا أشد فرحا بتوبة عبده....	أنس	154
إن ا تجاوز عن أمتي ما حدثت....	أبو هريرة	116
إن ا تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان....	أبو ذر الغفاري	159
إن النبي صلى ا عليه وسلم استصنع خاتما ومنبراً....	ابن عمر	338
إن رسول ا صلى ا عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه...	عائشة	332
أن عليا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل عليها فقال له رسول ا صلى ا عليه وسلم:" أعطها شيئاً....	ابن عباس	231
إن ناقة لي دخلت حائطا....	البراء بن عازب	147
إنما الأعمال بالنيات....	عمر بن الخطاب	77-95-158-211-212
إني أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة....	فاطمة بنت حبيش	81
أين المتألي على ا	عائشة	291
ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم....	عائشة	217
ادرؤوا الحدود والقتل عن عباد ا	ابن مسعود	208-217
بعثت بجوامع الكلم....	أبو هريرة	68
بما تقضي؟ فقال: بكتاب ا ، قال: فإن لم تجد....	معاذ بن جبل	177
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه....	ابن عباس	143-144
البينة على المدعي واليمين على من أنكر....	ابن عباس	74-139
ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد....	أبو هريرة	161
جاءت امرأة إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم تقول:"إني وهبت	سعد بن سهل	228

من نفسي....	الساعدي	
الجار أحق بسقبه....	أبو رافع	256
جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له....	سمرة	256
الحلال بين والحرام بين....	النعمان بن بشير	259
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف....	هند بنت عتبة	315-80
الخراج بالضمان....	عائشة	-74-13 -133-132 -135-134 136
الرهن مركوب و محلوب....	أبو هريرة	334
الرهن ممن رهنه ، له غنمه و عليه غرمه....		334
الرهن يركب بنفقته و يشرب لبن الدر إذا كان مرهوناً....	أبو هريرة	333
الصعيد الطيب وضوء المسلم....	أبو ذر الغفاري	245
العارية مؤداة و المنحة مردودة و الدين مقضي و الزعيم غارم....	أبو أمامة	189
العجماء جرحها جبار....	أبو هريرة و عمرو بن عوف	-76-75 148-146
قضى رسول ا صلى ا عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم....	جابر	257-255
كل راع مسؤول عن رعيته....	ابن عمر	55
كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطل....	عائشة	75-73-55
كل مسكر حرام....	عائشة	73-55
كل مما يليك....	عمر بن سلمة	42
كنت قد نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي....	عائشة	178
كيف ترون قواعدها و بواسقها....		23
لا تبع ما ليس عندك....	حكيم بن حزام	336
لا تجتمع أمتي على ضلالة....	ابن عمر	154
لا تصروا الإبل والغنم....	أبو هريرة	134

لا صيام لمن لم يجمع من الليل	حفصة	152
لعن ا اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها....	ابن عباس	179
لو ما مضى من كتاب ا لكان لي و لها شأن....	ابن عباس	131
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم و أموالهم....	ابن عباس	-74-73 143
لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك....	أبو هريرة	79
ليس من البر الصيام في السفر....	جابر بن عبد ا	79
من سن سنة حسنة....	عبد ا بن جرير	129
من قاتل لتكون كلمة ا هي العليا فهو في سبيل ا	أبو موسى	77
من نذر أن يطع ا فليطعه....	عائشة	216
هل عليه دين....	سلمة بن الأكوع	184
الوزن وزن مكة و المكيال مكيال أهل المدينة....	ابن عمر	80
يا رسول ا أرسل كلبي المعلم و أسمي....	عدي بن حاتم	260
يا رسول ا إن من توبتي أن أنخلع من مالي....	كعب بن مالك	216
يا رسول ا أنا بأرض صيد أصيد بقوسي و أصيد بكلبي المعلم...	أبو ثعلبة الخشني	262-253
يا رسول ا أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب....	ابن شهاب	215
يسروا و لا تعسروا....	أنس	79

فهرس القواعد والضوابط الفقهية

القاعدة أو الضابط	الصفحات
الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة	87
الأجر والضمان لا يجتمعان	282-281-84-16
إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام	259-15
إذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر	90
إذا اجتمع المباشر و المتسبب أضيف الحكم إلى المباشر	348-298
إذا اجتمع حظر و إباحة غلب جانب الحظر	259
إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه	89
إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع	259-90
إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفها	90
إذا زال المانع عاد الممنوع	90
إذا سقط الأصل سقط الفرع	89
إذا ضاق الأمر اتسع	345-83-79
الأشياء كلها مردودة إلى أصولها والرخص لا يتعدى بها مواضعها	83
الأصل إذا ما مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص	82
الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته	-222-17-15 -226-224-223 350-342-250
الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به و لا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حق	346-325
الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك	83
الأصل براءة الذمة	273-223-143
الأصل بقاء ما كان على ما كان	88
الأصل في الأبضاع التحريم	253
الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن	222
الأصل لا يجتمع مع البدل	183

القاعدة	الصفحة
إعمال الكلام أولى من إهماله	46
الإقالة هل هي فسخ أم بيع؟	51
إقرار الإنسان على نفسه مقبول و على غيره غير مقبول (أو مردود)	325
الإقرار حجة في حق المقر كقضاء القاضي	325
الإقرار حجة قاصرة –على المقر- والبينة حجة متعدية	-346-329-325 362
الأمور بمقاصدها	-57-49-36-16 -116-95-76-64 -210-161-158 214
إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت	323-316
الاجتهاد لا ينقض بمثله	264
الاضطرار لا يبطل حق الغير	345-170
بيع المعدوم باطل	336-16
البينة حجة متعدية	325
البينة على المدعي واليمين على من أنكر (أو المدعى عليه)	-142-74-16-13 -294-144-143 -329-297-296 331
التابع تابع	-331-17-16 353-336-334
التابع لا يفرد بالحكم	-336-334-331 353-342
تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة	344
تصرف القاضي على الرعية منوط بالمصلحة	290
التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	323
الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان	86
جناية العجماء جبار	-142-75-15 146-144

الجواز الشرعي ينافي الضمان	-137-42-16-13 346-344-341
الحدود تدرأ بالشبهات	217-75-15
الخراج بالضمان	-132-74-13 -135-134-133 137-136
خطأ القاضي في بيت المال	89
درء المفاسد أولى من جلب المصالح	362-254-90
الذمة إذا عمرت بيقين لا تبرأ إلا بيقين	88
الرخص لا تناط بالمعاصي	164-163-14
الرخص لا يتعدى بها مواضعها	83
الزعيم غارم	190-189-75-14
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	254
الضرر لا يزال بالضرر(بمثله)	171-60
الضرورات تبيح المحظورات	-79-52-37-14 171-170-167
الضرورة تقدر بقدرها	245-170
العادة محكمة	-51-49-43-14 -187-183-79 362-323-321
العبرة بالحال أو بالمآل؟	51
العبرة في العقود للمقاصد و المعاني	-77-69-57-14 161-159-158
العجماء جرحها جبار	148-146-76-75
العصيان ينافي الترخيص؟	164-163
الغالب مساو للمحقق في الحكم	86
الغرم بالغنم	300
القياس لا يصار إليه مع النص	90

الكتاب كالخطاب	87
كتابة الأخرس كإشارته	87
كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به فهو راجع عن الوصية	38
كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطل	73-55
كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة و الصدقة و الرهن	83
كل معروف صدقة	75
كل من مات من المسلمين لا وارث له فماله لبيت المال	83
لا ثواب إلا بنية	77
لا ضرر و لا ضرار	-75-60-37-15 -292-253-252 362-294
لا عبرة بالعرف الطارئ	316
لا يجتمع الأجر و الضمان	282-281-84-16
لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه	345-341-42-17
لا يرث أحد أحدا بالشك	82
لا يصلى في ثياب أهل الذمة التي يلبسونها	86
لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	345-258
لا ينسب إلى ساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان	-226-90-83-15 -233-228-227 344
لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان	-318-186-90 323
لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة و الأمكنة و الأحوال	312
ليس لعرق ظالم حق	74
ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	345
ما جاز لعذر بطل بزواله	-170-89-15 248-247-244
ما حرم أخذه حرم عطاؤه	87
ما لا يتجزأ فحكم بعضه كحكم كله	181

ما يفضي إلى الحرام حرام	89
المباشر ضامن و إن لم يتعمد	297-16
المرء مؤاخذ بإقراره	83
المسلمون عند شروطهم	75
المشقة تجلب التيسير	-51-49-48-38 362-345-78-52
المعروف بين التجار من المشروط بينهم	323
المعروف عرفا كالمشروط شرطا	323-87
المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز عنه	179
الممتنع عادة كالممتنع حقيقة	87
من أتلف مال غيره فعليه الضمان	35
من أفطر في نهار رمضان عامدا فعليه القضاء و الكفارة	35
من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه	-191-17-14 354-342
من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه	89
من ملك الشيء ملك ما هو من ضروراته	89
منزلة الإمام من الرعية بمنزلة الولي من اليتيم	344-83
الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة	288-16
يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام	90
يختار أهون الضررين	245
اليقين لا يزول بالشك	-64-61-48-36 -117-83-78-68 222

فهرس الأعلام

الأعلام **الصفحات**

أبو الحسين البصري:...347-166

أبو الطيب (القاضي):........................... 220-225-347-358-361

أبو ثور (الكلبي):...................................... 136-232-347-358

أبو حنيفة :127-132-136-137-138-139-166-180-170-182-183-196-201-
202-203-208-212-213-214-218-219-220-229-232-234-235-236-237-
250-251-271-272-273-304-305-311-312-317-347-348-349-350-362-
366

أبو داود:...204-240-347

أبو سلمة: 244-347

أبو يعلى (القاضي):...104-348-398-399

أبو يوسف:78-212-213-214-216-219-220-221-245-273-305-328-348-
349-366

الآتاسي(خالد):...39-90-115-181-321-348

أحمد بن حنبل : 78-132-136-157-170-171-172-177-182-184-192-196-202-
204-217-218-226-232-234-236-237-238-250-251-261-262-269-278—
312-317-348-349-355-366

إسحاق: 314-348

الإسنوي: 113-195-224-348-355-359

أشهب: 137-271-323-348

إلكيا الطبري الهراسي:..156-362

إمام الحرمين (الجويني): 169-225-247-258-264-348-349-363

الآمدي: 143-144-147-148-165-192-195-225-349

الأوزاعي:...........................122-170-217-237-245-349- 362

ابن أبي ليلى:...180-314-349

ابن الأثير (مجد الدين): 21-70-349

ابن الحاجب:...................104-147-148-165-194-195-224-349-359-363

ابن السمعاني: 148-224-349

ابن الصلاح: 111-239-349-361

ابن العربي: 153-156-220-349

ابن القاسم:..................................137-179-196-218-312-348-349

ابن القاص: 111-113-350

ابن القيم: 68-124-127-147-153-223-225-260-265-280-297-303-305-350

ابن الماجشون:...211-350

ابن المسيب (سعيد): 243-244-383

ابن المنذر:................................136-153-170-171-179-180-231-241-350

ابن الهمام(كمال الدين):..................................183-205-207-303-307-350

ابن الوكيل : 110-

ابن تيمية (تقي الدين): 50-170-350-350-351

ابن حجر (العسقلاني): 205-351

ابن حزم: 119-351

ابن حمزة :...30-351

ابن خلدون: 70-350

ابن خويزمنداد: 156-158-351

ابن رجب:..30-71-87-110-352

ابن رشد: 81-127-139-170-183-203-207-209-233-234-270-277-279-303-312-352

ابن سريج (أبو العباس): 176-177-352

ابن عابدين:..174-250-292-294-304-307-352

ابن عبد البر: 122-307-352

ابن عبد السلام(عز الدين): 175-285-300-305-352-363

ابن عرفة:................................92-93-125-153-178-179-211- 310-353

ابن فارس:..21-279-353
ابن قدامة (المقدسي) :133-156-184- 190-191-195-237-242-250-268-277-
278-286-305-316-353
ابن ماجه:..136-239-346-353
ابن منظور:...289-353
ابن نجيم :..... 27-29-34-53-56-90-109-110-199-201-211-215-247-294-
354-356-358
الباجي (أبو الوليد): 137-167-190-351-354
الباقلاني (القاضي أبو بكر):..165-354-361
البخاري (محمد بن اسماعيل):.........3-74-76-134-179-203-216-239-244-246-
315-317-350-354-355-356-362-365
البكري:..9-111-342-354
البيضاوي:..24-165-166-355-359-361
البيهقي:..251-369
الترمذي:..153-204-346-349-352-354-355-365
التفتازاني:..35-191-355
التهانوي:..25-26-28-355
الثوري (سفيان):..............................170-180-217-231-236-313-355-365
جابر بن يزيد:..251-369
الجرجاني(السيد الشريف):.....................................26-28-158-355
الجصاص:..155-356
الحاكم:..239-355-356
الحسن البصري:..171-356
الحصني:..109-356
الحصيري:..285-356
الحموي:..27-28-32-35-356
الخشني:..248-249-357
الخطيب البغدادي:..357-361
الدارقطني:..132-239-357
داود الظاهري:..131-148-166-233-352-357

الدبوسي:..357-228
الدهشة(ابن خطيب):..357-26
الرازي (فخر الدين):...358-165-105-104-24
الروياني (عبد الواحد):..358-224-219
الزجاج:..358-289-22
الزرقا:......31-34-40-44-64-70-87-90-107-130-215-280-290-309-325-
358-343-341-337-332-331-328-326
الزركشي (بدر الدين):..405-358-172-30
الزمخشري:...389-358-348-289
الزنجاني:..392-358-260-250-244-232-223
الزهري:..359-346-220-218-171-118
السبكي (عبد الوهاب بن علي):..26-28-29-55-111-246-347-348-359-388-389
السرخسي:..402-389-359-307-196
سعد بن أبي وقاص:..359-249
السنباطي:..359-86
السيوطي:.............29-34-65-87-78-88-109-172-299-301-304-337-359-
405-393-391-389
الشاطبي (أبو اسحاق):......38-53-73-94-96-97-120-140-141-190-192-197-
359-349-339-302-299-295-268-263-258-257-220
الشافعي:...6-77-119-122-123-124-127-132-136-139-148-153-155-156-
159-166-170-171-180-182-184-189-190-193-194-196-200-201-204-
216-217-224-225-228-231-232-233-235-236-237-238-244-250-257-
259-260-263-270-271-272-278-280-311-313-317-323-326-327-344-
360-358-357-352-347-346
الشعبي:..360-313-246-136
الشوكاني:..360-225-223-204-143-105
الشيرازي(أبو إسحاق):.......................365-361-360-357-352-349-346-224
صدر الشريعة:..360-104-36-26-22
الطبري (أبو علي):..360-111
عائشة(أم المؤمنين):..........................361-350-315-239-217-204-124-69

عبد ا بن عباس:.......................69-123-134-168-178-218-220-238-361
عبد ا بن عمر:...249-361
عبد ا بن مسعود:..........................136-153-173-204-236-246-297-361
عبد الوهاب (القاضي المالكي):.................................147-156-171-235-361
العراقي(زين الدين):...246-351-361
عطاء (ابن أبي رباح المكي):...153-171-272-361
علي بن أبي طالب:...............................168-218-268-272-326-355-361
العليمي:..26-362
عمر بن الخطاب:.......**76-78**-80-97-108-147-153-167-168-244-262-272-
326-336-362
عمر بن عبد العزيز:..124-244-279-362
عمرو بن حزم:...362
العيني:..76-362
الغزالي (أبو حامد): 118-144-148-190-191-193-194-208-209-224-257-258-
348-362
الغزي(عيسى بن عثمان):..113-363
الفارابي:..23-363
الفراء:...363
الفيومي:...26-363
القرافي:7-55-59-60-86-87-88-91-92-157-169-196-200-261-283-284-
300-302-306-307-313-341-349-363
القرطبي(أبو عبد ا محمد بن أحمد):..........75-156-161-171-195-302-363-367
القفال الشاشي (أبو بكر):...166-363
الكرخي (أبو الحسن):...................................52-78-190-328-356-364
الكفوي:..26-28-364
الليث بن سعد:..55-180-360-364
الليثي (يحيى بن يحيى) :...264-364
المازري (محمد بن علي):...127-137-364
مالك بن أنس:53-77-81-82-92-127-132-136-137-139-147-156-158-166-
170-171-179-182-183-190-195-196-197-200-201-203-211-216-218-

225-231-232-233-234-235-236-237-239-243-244-249-257-263-264-
268-269-270-277-279-280-302-303-307-310-311-312-313-346-349-
350-351-354-359-360-364-365
الماوردي(أبو الحسن البصري):..148-215-224-365
المحلي(جلال الدين):..225-365
محمد الطاهر بن عاشور:..60-88-365
محمد بن الحسن (الشيباني):78-100-135-195-211-212-213-218-219-272-304-
348-356-359-365
المزني:..170-235-352-356
مسلم:...134-346-356-365-366-396-399
معاذ بن جبل :..167-262-366
المقري:..29-30-31-32-55-81-110-366-400-401
المنجور:..30-366-396
النخعي (إبراهيم):..366
النظام:...64-144-165-366
النووي:.....................73-131-170-207-235-359-366-394-396-400-405
هلال بن أمية:..123-367

فهرس المصادر و المراجع

الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي: السبكي، علي بن عبد الكافي والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، تحقيق : شعبان محمد إسماعيل ، القاهرة : مطبعة أسامة. و نسخة أخرى: بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1، 1404 هـ / 1984م.

أبو حنيفة،حياته و عصره و آراؤه الفقهية:محمد أبو زهرة ،مصر:دار الفكر العربي،ط2.

أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي:مصطفى ديب البغا ، دمشق : دار القلم ، ط2 ، 1413هـ/ 1993م.

أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء : مصطفى سعيد الخن ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط5 ،1414هـ/1994م.

إحكام الفصول في أحكام الأصول: الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، تحقيق ودراسة: عبد ا محمد الجبوري، بيروت: مؤسسة الرسالة،ط1،1409هـ /1989م.

أحكام القرآن:إلكيا الهراسي،أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري،بيروت:دار الكتب العلمية.

أحكام القرآن:ابن العربي،أبو بكر محمد بن عبد ا بن محمد الإشبيلي المالكي،دار المعرفة للطباعة والنشر.

أحكام القرآن:الجصاص،أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي،دار الخلافة،سنة1335هـ .

الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، بيروت: دار الكتب العلمية. نسخة أخرى: القاهرة: مطبعة العاصمة، نشره زكريا علي يوسف.

الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، علي بن محمد، تحقيق: سيد الجميلي، بيروت: دار الكتاب العربي، ط2، 1406هـ / 1986م.

إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري: القسطلاني، أبو العباس أحمد، دمشق : دار الفكر (مصورة عن ط6 للطبعة الأميرية ببولاق - مصر - 1304هـ).

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: الشوكاني، محمد بن علي، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مصر: دار الكتبي، 1413 هـ / 1992 م. نسخة أخرى: تحقيق : أبو مصعب محمد سعيد البدري، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1412 هـ /1992م. و أخرى: مصر : مطبعة محمد علي صبيح ،1349هـ.

أساس البلاغة:الزمخشري،محمود بن عمر،القاهرة:مطبعة عيسى البابي الحلبي.

أسد الغابة في معرفة الصحابة: ابن الأثير، علي بن محمد، ط الشعب.

الأشباه والنظائر:السبكي،تاج الدين عبد الوهاب بن علي، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و علي معوض،بيروت: دار الكتب العلمية،ط1 ،1411هـ/1991م.

الأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية : السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1399هـ/1979م . طبعة أخرى : مصر : مطبعة دار إحياء الكتب. و أخرى : تحقيق وتعليق: طه عبد الرؤوف وعماد البارودي، المكتبة التوفيقية، 1407 هـ /1997م.

الأشباه والنظائر: ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم، تحقيق وتقديم: محمد مطيع الحافظ، دمشق: دار الفكر، ط1، 1403 هـ /1983م.

الإشراف على نكت مسائل الخلاف :القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي،بيروت: دار ابن حزم ط 1، 1420هـ/1999م.

الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط1، 1412هـ / 1992م. وطبعة الاستقامة.

الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها : محمد فاتح زقلام ، ليبيا : كلية الدعوة الإسلامية ، ط1 ، 1996م.

أصول السرخسي: السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، بيروت: دار المعرفة. نسخة أخرى: بيروت: دار المعرفة مصورة عن الطبعة الهندية، 1393هـ / 1973م. نسخة أخرى: تحقيق: رفيق العجم، بيروت: دار المعرفة، ط1، 1418هـ / 1997م.

أصول الفقه (المسمى بالفصول في الأصول) : الجصاص، أحمد بن علي الرازي، دراسة وتحقيق: عجيل جاسم النشمي ، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1408 هـ / 1988م.

أصول الفقه : أبو زهرة ، محمد ، مصر : دار الفكر العربي.طبعة أخرى : مصر : المطبعة الأزهرية 1412هـ / 1992م.

الأعلام : خير الدين الزركلي ، بيروت : دار العلم للملايين، ط14، 1999م.

إعلام الأنام شرح بلوغ المرام:نور الدين عتر،دمشق:ط7،1421هـ/2000م.

إعلام الموقعين عن رب العالمين : ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر ، بيروت : دار الجيل. طبعة أخرى : بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، مصر : مطبعة السعادة ، ط1 ، 1374هـ/1955م. و أخرى بنفس التحقيق : مصر: المكتبة التجارية الكبرى،ط1.

إكمال الإكمال: محمد بن خليفة الأبي ،بيروت:دار الكتب العلمية .

الأم:الشافعي،محمد بن إدريس،مصر:طبعة كتاب الشعب.بيروت:دار الفكر،1410هـ/ 1990م.

إنباء الغمر بأنباء العمر في التاريخ: ابن حجر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ / 1986م.

الأنساب: ابن السمعاني، عبد الكريم بن محمد تصوير ط ليدن 1912م. طبعة أخرى: بيروت: دار الجنان، ط 1، 1408هـ / 1988م.

إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : الونشريسي ، أحمد بن يحيى ، تحقيق : أحمد بو طاهر الخطابي ، الرباط : مطبعة فضالة المحمدية ، ط1 ،1400هـ/ 1980م.

ابن حنبل،حياته وعصره وآراؤه الفقهية:محمد أبو زهرة،مصر:دار الفكر العربي،ط2.

اختلاف الحديث: الشافعي، محمد بن إدريس، تحقيق: محمد أحمد عبد العزيز، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1406هـ / 1986م.

الاستذكار:ابن عبد البر،أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد،تحقيق:عبد المعطي أمين قلعجي،دمشق:دار قتيبة،بيروت:دار الوعي(حلب القاهرة)،ط1،1414هـ/1993م.

الاستغناء في الفرق و الاستثناء : البكري ، محمد بن أبي سليمان ، تحقيق : سعود مسعد الثبيتي ، مكة المكرمة : معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، ط1، 1408هـ/1988م.

الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ابن عبد البر، يوسف بن عبد ا ، ط النهضة.

الاعتصام : الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى ، بيروت : دار المعرفة ،1408هـ/1988م.طبعة أخرى:المكتبة التجارية. و أخرى بتحقيق : مصطفى أبو سليمان الندوي ، الرياض: دار الخاني، ط1، 1416 هـ/ 1996م.

انباه الرواة: القفطي، مصر:دار الكتب المصرية.

البحر المحيط: الزركشي، بدر الدين، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر، مصر: دار الكتبي، ط1، 1414 هـ / 1994م. نسخة أخرى: الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . مصر: دار الصفوة، ط1، 1409 هـ/1988م.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (بالسين المهملة أو بالشين المعجمة) ، بيروت: دار الفكر.

بداية المجتهد و نهاية المقتصد : ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد ، بيروت : دار المعرفة ، ط 9، 1409هـ/1988م. و أخرى: تحقيق: ماجد الحموي، بيروت: دار ابن حزم، ط1، 1416هـ / 1995م.

البداية والنهاية: ابن كثير، اسماعيل، القاهرة: ط 1348هـ.

البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: الشوكاني، القاضي محمد بن علي، بيروت: دار المعرفة.

البرهان في أصول الفقه:الجويني،أبو المعالي عبد الملك بن عبد ا بن يوسف (إمام الحرمين)،تحقيق:عبد العظيم الديب،قطر:الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني،ط1399،1هـ.

بغية الوعاة: السيوطي، عبد الرحمن بن ابي بكر، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم، مصر: ط عيسى الحلبي، 1964م. نسخة أخرى: ط 1 1384هـ / 1965م.

تأسيس النظر (مع أصول الكرخي):الدبوسي،أبو زيد عبيد ا بن عمر،القاهرة : مطبعة الإمام.طبعة أخرى:مصر:المطبعة الأدبية ، ط1.

تاج التراجم: ابن قطلوبغا، أبو الفداء قاسم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دمشق: دار القلم، ط1، 1413هـ / 1992م. نسخة أخرى: طبعة بغداد 1962م.

التاج و الإكليل لمختصر خليل:المواق ، محمد بن يوسف العبدري ،بهامش مواهب الجليل،مصر:مطبعة السعادة ،ط1328،1هـ.طبعة أخرى:بيروت: دار الفكر، ط 3، 1412هـ/1992م.و أخرى:بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1995م.

تاريخ ابن خلدون:ابن خلدون،عبد الرحمن،بيروت:دار الفكر،ط1408،2هـ/1988م.

تاريخ بغداد:الخطيب البغدادي،بيروت:دار الكتب العلمية.وطبعة القاهرة 1349هـ.

تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم ابن محمد، مراجعة وتقديم: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ / 1986م.

التبصرة في أصول الفقه: الشيرازي،أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي،تحقيق:محمد حسن هيتو،دمشق:دار الفكر، ط1400،1هـ/1980م.

تبصير المنتبه بتحرير المشتبه: ابن حجر، أحمد بن علي، ط مصر.

تبيين كذب المفتري: ابن عساكر، علي بن الحسن، مصر: القدسي، 1927م.

تحفة الفقهاء : السمرقندي ، علاء الدين محمد بن أحمد، تحقيق: زكي عبد البر ، دمشق : مطبعة جامعة دمشق ، ط1 ،1377هـ.و أخرى : بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1، 1405هـ / 1984م.

تخريج الفروع على الأصول : الزنجاني ، شهاب الدين ،تحقيق :محمد أديب صالح ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط5 ، 1407هـ.

تذكرة الحفاظ: الذهبي (الإمام) ، دار إحياء التراث العربي. مصورة عن الطبعة الهندية (دائرة المعارف العثمانية). حيدر اباد، 1333هـ.

ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي، تحقيق: أحمد بكير محمود، بيروت: دار مكتبة الحياة.طرابلس ليبيا: دار مكتبة الفكر.

تقريب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تحقيق: عبد الوهاب عبد الطيف، المدينة المنورة: النمذكاني.

التقرير والتحبير: شرح على تحرير الكمال ابن الهمام : ابن أمير الحاج، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط1، 1316هـ ، بيروت: تصوير دار الكتب العلمية، 1403هـ /1983م.

تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: ابن حجر العسقلاني، باعتناء: عبد ا هاشم اليماني، المدينة المنورة، 1384هـ / 1964م، بيروت: دار المعرفة.

تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، بيروت: المكتبة الثقافية، 1984م.

تهذيب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تحقيق: خليل مأمون شيحا و عمر السلامي وعلي بن مسعود، بيروت: دار المعرفة، ط1، 1417هـ /1996م. طبعة أخرى: تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ /1994م. وطبعة الهند.

تهذيب الكمال في أسماء الرجال: المزي، أبو الحجاج جمال الدين يوسف، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1413هـ /1992م.

تيسير التحرير: شرح على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية: المؤلف: ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود ، الشارح: أمير بادشاه، محمد أمين، مكة المكرمة: دار الباز ـ تصوير دار الكتب العلمية ببيروت.

جامع الترمذي:أبو عيسى الترمذي،الرياض:دار السلام، ط 1 1420هـ/1999م.

الجامع الصغير:السيوطي،جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر،مصر:المكتبة التجارية1356هـ

جامع العلوم و الحكم: ابن رجب،عبد الرحمن بن أحمد،بيروت:مؤسسة الرسالة، ط 2.

الجامع لأحكام القرآن:القرطبي،أبو عبد ا محمد بن أحمد الأنصاري المالكي،القاهرة:دار الحديث،ط2، 1416هـ/1996م. و دار الكتب المصرية.

الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة:المشاط،حسن بن محمد،دراسة وتحقيق:عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان،بيروت:دار الغرب الإسلامي،ط2،1411هـ/1990م.

الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ابن أبي الوفاء القرشي، عبد القادر بن محمد، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، مؤسسة الرسالة، هجر، ط 2، 1413هـ ـ 1993م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة،بيروت : دار الفكر.

حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب: التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر ، مصر: المطبعة الأميرية ، 1316هـ. و مكتبة الكليات الأزهرية، 1403 هـ / 1983م.

الحور العين: أبو سعيد نشوان الحميري، تحقيق: كمال مصطفى، مصر : مكتبة الخانجي – مطبعة السعادة، بغداد: مكتبة المثنى، 1948م.

خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: المحبي، بيروت: دار صادر.

درر الحكام شرح مجلة الأحكام : علي حيدر ، تعريب: فهمي الحسيني المحامي ، بيروت : دار الكتب العلمية .

الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد سيد جاد الحق، مصر: دار الكتب الحديثة.

الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ابن فرحون المالكي، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، القاهرة: دار التراث للطبع والنشر. مصر (الفحامين):ط 1،1351هـ.

الذيل على العبر في خبر من غبر: أبو زرعة، أحمد بن عبد الرحيم، تحقيق: صالح مهدي عباس، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1409هـ /1989م.

الذيل على طبقات الحنابلة: ابن رجب البغدادي ، تحقيق: هنري لاووست وسامي الدهان، دمشق: المعهد الفرنسي للدراسات العربية.

رد المحتار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين):ابن عابدين،محمد أمين بن عمر ، مصر:مطبعة بولاق ،1282هـ.

الرسالة : الشافعي ، محمد بن إدريس ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، مصر: مصطفى البابي الحلبي ، ط1 ، 1358هـ . طبعة أخرى: دمشق : دار الفكر،سنة 1309هـ.

رسالة نشر العرف و رفع الانتقاض:ابن عابدين،محمد أمين بن عمر،تركيا:مطبعة الأستانة.

روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي: محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، المكتب الإسلامي، ط1.

روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل :ابن قدامة،عبد ا بن أحمد ، بيروت : دار الكتاب العربي ط1 ،1401هـ/1981م. طبعة أخرى : المطبعة السلفية 1391هـ. و أخرى : بيروت: دار المطبوعات العربية.

سنن أبي داود:سليمان بن الأشعث السجستاني،الرياض:دار السلام، ط 1، 1420هـ/1999م.

سنن ابن ماجه:عمر بن يزيد بن ماجه القزويني،الرياض:دار السلام،ط1، 1420هـ/1999م.

سنن الدار قطني : علي بن عمر الدار قطني ، بيروت : دار عالم الكتب. و دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ / 1996م.

سنن الدارمي: أبو محمد عبد ا بن عبد الرحمن، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دمشق: دار القلم، ط3، 1417هـ / 1996م.

سنن النسائي(الصغرى):أحمد بن شعيب النسائي،الرياض:دار السلام،ط1،1420هـ/1999

سير أعلام النبلاء:الذهبي، الحافظ (محمد بن أحمد)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وحسين الأسد، بيروت:مؤسسة الرسالة،ط 2، 1402هـ / 1982م.و طبعة دار المعارف.

الشافعي،حياته و عصره و آراؤه الفقهية:محمد أبو زهرة ،مصر:دار الفكر العربي،ط2.

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمد بن محمد بن مخلوف ، بيروت: دار الكتاب العربي. دمشق : دار الفكر.

شذرات الذهب في أخبار من ذهب : ابن العماد ، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد ، تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي ، بيروت : دار الآفاق. و أخرى : تحقيق: محمود الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط، دمشق /بيروت: دار ابن كثير، ط1، 1406هـ / 1986م. وطبعة القدسي بمصر 1350هـ.

شرح التلويح على التوضيح : التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر ، مصر : مطبعة شمس الحرية ، ط2. طبعة أخرى : دار الكتب العربية ، ط1 ،1411هـ/ 1991م. و بيروت: دار الكتب العلمية.

شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي : مصر : دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي . طبعة أخرى : بيروت : دار الكتب العلمية.

شرح الزرقاني على موطأ مالك:الزرقاني،محمد بن عبد الباقي،بيروت:دار الفكر تصوير عن طبعة 1355هـ/1936م.و طبعة أخرى:مصر:مصطفى البابي الحلبي 1381هـ.

شرح السنة : البغوي ، الحسين بن مسعود ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط و محمد زهير الشاويش ، بيروت : المكتب الإسلامي ، ط2، 1403هـ/1983م.

شرح القواعد الفقهية:أحمد بن محمد الزرقا،دمشق:دار القلم،ط3،1414هـ/1993م.

الشرح الكبير على مختصر خليل: الدردير،أحمد بن محمد العدوي،القاهرة:طبع عيسى البابي الحلبي.(مع حاشية الدسوقي و تقريرات عليش).

الشرح الكبير(على متن المقنع):ابن قدامة المقدسي،أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد،بيروت: دار الفكر ط1، 1404هـ/1984م.مطبوع مع المغني.

شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب:المنجور،أحمد بن علي،تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين ،القاهرة:دار إحياء الكتب العربية ، و دار الشنقيطي للطباعة و النشر.

شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، ط2، 1414 هـ / 1993م. نسخة أخرى: القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة وبيروت: دار الفكر، ط1، 1393هـ / 1973م.

شرح صحيح مسلم: النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، مراجعة خليل الميس، بيروت، دار القلم، ط3.

شرح مجلة الأحكام العدلية :محمد خالد الآتاسي،باكستان:مكتبة إسلامية ، 1403هـ .

شرح مختصر الروضة: الطوفي، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد، تحقيق: عبد ا بن عبد المحسن التركي، بيروت: مؤسسة الرسالة،ط1،1408هـ /1988م.

شرح معاني الآثار: الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، تحقيق: محمد زهدي النجار، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1399هـ /1979م.

الشعر والشعراء: ابن قتيبة، عبد ا بن مسلم ، بيروت: دار الثقافة، 1964 م.

صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1414هـ / 1993م.

صحيح ابن خزيمة: تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1412هـ / 1992م.

صحيح البخاري (الجامع الصحيح) : محمد بن إسماعيل البخاري ،الرياض:دار السلام،ط2، 1419هـ/1999م.

صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج،الرياض:دار السلام، ط 1، 1419هـ/1998م.

الضوء اللامع في أعيان القرن التاسع: السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، بيروت: دار مكتبة الحياة. وطبعة القدسي بمصر.

ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: البوطي ، محمد سعيد رمضان ، دمشق: الدار المتحدة ، ط6 ، 1412هـ/ 1992م.

ضوابط المعرفة و أصول الاستدلال و المناظرة : عبد الرحمن حبنكة الميداني ، دمشق : دار القلم، ط3، 1408هـ/1988م.

طبقات الأولياء: ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي، تحقيق: شريبة، بيروت: دار المعرفة، ط 2، 1406هـ - 1986م.

طبقات الحنابلة: أبو يعلى، القاضي، دمشق: المكتبة العربية، ط1.

طبقات الحنفية: طاش كبرى زادا، ط العراق.

الطبقات السنية في تراجم الحنفية: عبد القادر التميمي الداري الغزي المصري، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، الرياض :دار الرفاعي، ط 1، 1403هـ / 1938م.

طبقات الشافعية الكبرى: السبكي، عبد الوهاب بن علي، مصر: هجر للطباعة والنشر، ط2، 1413هـ / 1992م. وطبعة عيسى الحلبي بتحقيق الحلو والطناحي.

طبقات الشافعية: ابن قاضي شهبة، أبو بكر تقي الدين، بيروت: دار الندوة الجديدة 1407هـ / 1987م.

طبقات الشافعية:الإسنوي،عبد الرحيم جمال الدين، بيروت: دار الكتب العلمية،ط 1، 1407هـ / 1987م. طبعة أخرى: تحقيق عبد ا الجبوري، ط العراق.

طبقات الفقهاء الشافعية:ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري ، تحقيق:محيي الدين علي نجيب ،بيروت :دار البشائر الإسلامية ، ط1 ،1413هـ/1992م.

طبقات الفقهاء: الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي، ط العراق.

طبقات المعتزلة: ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، بيروت: دار مكتبة الحياة.

عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي:ابن العربي،أبو بكر محمد بن عبد ا ، إعداد هشام سمير البخاري،بيروت:دار إحياء التراث العربي،ط1،1415هـ / 1995م.

العبر في خبر من غبر: الذهبي، الإمام، تحقيق: صلاح الدين المنجد، الكويت: وزراة الأعلام الكويتية، 1963م.

العدة في أصول الفقه : القاضي أبو يعلى ، محمد بن محمد ، تحقيق : أحمد سير المباركي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط1 ، سنة 1400هـ.

العرف و العادة في رأي الفقهاء:أحمد فهمي أبو سنة،مصر:مطبعة الأزهر ، 1947م.

العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: الجيدي، عمر بن عبد الكريم الجيدي، الإمارات - المغرب: اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي، 1404هـ /1984م.

علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف، دمشق: الدار المتحدة، ط16، 1992م.

علوم الحديث: ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري، تحقيق وشرح: نور الدين عتر، دمشق: دار الفكر، ط3، 1404 هـ / 1984م. طبعة أخرى بعنوان: مقدمة ابن الصلاح: توثيق وتحقيق: عائشة عبد الرحمن (بنت الشاطئ) ، مصر: مطبعة دار الكتب، 1974م ، مطبوع مع محاسن الاصطلاح.

عمدة القاري: بدر الدين العيني ، بيروت : مكتبة عمدة أمين دمج.

غاية المأمول في توضيح الفروع للأصول : محمود عبود هرموش ، بيروت: مكتبة البحوث الثقافية ، ط1 ، 1414هـ/ 1994م.

غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر لابن نجيم : الحموي ، أحمد بن محمد ، كراتشي(باكستان) : إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. طبعة أخرى : القاهرة : دار الطباعة العامرة ، ط1 ، 1357هـ.

فتح الباري شرح صحيح الإمام أبي عبد ا محمد بن إسماعيل البخاري: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تحقيق عبد العزيز بن عبد ا بن باز السعودية: نشر رئاسة دار البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد . طبعة أخرى: بيروت: دار المعرفة. و أخرى: بيروت: دار الفكر، 1416هـ / 1996م.

فتح القدير شرح الهداية: الكمال بن الهمام ،(مع التكملة :"نتائج الأفكار" لقاضي زاده)، مصر: المطبعة الأميرية،ط1315،1هـ.و بهامشه شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتي و حاشية سعدي جلبي على هذا الشرح.و طبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ط 1386هـ.

فتح المبين شرح الأربعين:ابن حجر الهيتمي،أحمد بن محمد،بيروت:دار الكتب العلمية.

الفتح المبين في طبقات الأصوليين: المراغي، عبد ا مصطفى، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 1394هـ/1974م.

الفرائد البهية في القواعد و الفوائد الفقهية : ابن حمزة الحسيني ، محمود بن محمد ، دمشق : دار الفكر ، ط1 ، 1406هـ/1986م.

الفروق (المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق) : القرافي، شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي، بيروت: دار المعرفة.

الفروق الفقهية و الأصولية : يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، الرياض : مكتبة الرشد ، ط1 ، 1419هـ/1998م.

الفصل في الملل والأهواء والنحل: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، تحقيق: محمد إبراهيم نصر وعبد الرحمن عميره، بيروت: دار الجيل، 1405هـ / 1985م.

الفقه الإسلامي و أدلته:وهبة الزحيلي ، دمشق : دار الفكر، ط3 ،1409هـ/1989م.

الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: الحجوي، محمد الحسن الثعالبي الفاسي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ / 1995م.

فهرس الفهارس: الكتاني، عبد الحي بن عبد الكبير، بيروت: دار الغرب الأسلامي، ط 2، 1402هـ / 1982م.

الفهرست: ابن النديم، القاهرة: 1348هـ.

الفوائد البهية في تراجم الحنفية: اللكنوي، عبد الحي الهندي، بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط1، 1418هـ / 1998م.

فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه:محب ا بن عبد الشكور الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، مطبوع مع المستصفى من علم الأصول للغزالي، دار الفكر. ونسخة أخرى: دار الأرقم بن أبي الأرقم.

القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله و أثرها في الأصول:محمود مصطفى عبود هرموش،بيروت:المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع،ط1، 1406هـ/1987م.

القاموس المحيط:الفيروزآبادي،محمد بن يعقوب، بيروت: دار الفكر،1972م.

قواطع الأدلة في الأصول: ابن السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ / 1997م. (النسخة الكاملة). والنسخة غير الكاملة: تحقيق: محمد حسن هيتو، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1417هـ / 1969م.

القواعد : المقري ، أبو عبد ا محمد بن محمد ، تحقيق : أحمد بن عبد ا بن حميد ، مكة : مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى.

قواعد الأحكام في مصالح الأنام : أبو محمد عز الدين بن عبد السلام ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، مصر : مكتبة الكليات الأزهرية ، 1388هـ . دمشق : دار الطباع ، ط1 ، 1413هـ/1992م ، بتحقيق : عبد الغني الدقر.

قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي : محمد الروكي ، دمشق : دار القلم ، ط1 ، 1419هـ/1998م.

القواعد الفقهية : ابن رجب ، عبد الرحمن بن أحمد ، بيروت : دار المعرفة .

القواعد الفقهية : علي أحمد الندوي ، دمشق : دار القلم ، ط3 ، 1414هـ/1994م.

القواعد الفقهية : يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، الرياض : مكتبة الرشد ، ط2 ، 1420هـ/1999م.

القواعد الكبرى و ما تفرع عنها : صالح بن غانم السدلان ، الرياض : دار بلنسية ، ط1 ،1417هـ .

القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصيري : علي الندوي ، القاهرة : مطبعة المدني ، ط1 ، 1411هـ/1991م.

القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية: ابن اللحام، أبو الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي الحنبلي، تحقيق: محمد حامد الفقي ، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403 هـ / 1983م.

كتاب التعريفات : الجرجاني ، علي بن محمد الشريف ، مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي. طبعة أخرى:بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1، 1403هـ/1983م.

كتاب السنن الكبرى: البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين علي، بيروت: دار المعرفة.

كتاب السنن الكبرى: النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ / 1991م.

كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي : النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، تحقيق ، و تعليق وإكمال : محمد نجيب المطيعي ، جدة السعودية : مكتبة الإرشاد ، 1980م. نسخة أخرى : بيروت : دار الفكر ، ط 1996م.

الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار (مصنف ابن أبي شيبة): أبو بكر بن أبي شيبة، تحقيق: عامر العمري الأعظمي، مومباي (الهند): الدار السلفية.

كتاب الموضوعات: ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المدينة المنورة: المكتبة السلفية، ط1 ، 1386 هـ - 1966م.

كتاب معرفة علوم الحديث: الحاكم، أبو عبد ا محمد بن عبد ا الحافظ النيسابوري، نشره وصححه وعلق عليه: السيد معظم حسين ام - أي،دي - فِل (أكسن)، بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط3، 1979م.

كشاف اصطلاحات الفنون : التهانوي ، محمد أعلى بن علي ، تحقيق : لطفي عبد البديع ، القاهرة : مكتبة النهضة المصرية ، 1383هـ/1963م ، و بيروت : شركة خياط للكتب.

كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي : علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري بيروت : دار الكتاب العربي ، ط2 ،1414هـ/1994م ، و دار الفكر 1411هـ/1991م ، دار الكتاب العربي (مصورة عن طبعة الشركة الصحافية العثمانية)، 1394هـ /1974م.

كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: العجلوني، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي، ضبط وتصحيح: محمد عبد العزيز الخالدي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ / 1997م.

كشف الظنون عن أسامي الكتب و الفنون : حاجي خليفة ، مصطفى بن عبد ا القسطنطيني ، بغداد : منشورات مكتبة المثنى.

الكليات (معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية) : الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني ، دمشق : منشورات وزارة الثقافة و الإرشاد القومي ، 1974م . بيروت : مؤسسة الرسالة ، 1992م.

الكليات الفقهية (عمل من طب لمن حب) : المقري ، أبو عبد ا محمد بن محمد ، تحقيق : محمد بن الهادي أبو الأجفان ، تونس : الدار العربية للكتاب ، 1997م.

الكنى والألقاب: عباس القمي، بيروت: مؤسسة الوفاء، ط 2، 1403هـ / 1983م.

الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: الغزي، فجر الدين، تحقيق: جبرائيل سليمان جبور، بيروت: دار الأفاق الجديدة، ط 2، 1979م.

لسان العرب:ابن منظور،أبو الفضل محمد بن مكرم، بيروت: دار صادر.

لسان الميزان: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، بيروت: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ط1، 1416هـ / 1995م. وطبعة الهند 1329هـ.

مالك،حياته و عصره و آراؤه الفقهية : محمد أبو زهرة ،مصر: دار الفكر العربي،ط2.

مباحث الكتاب والسنة : محمد سعيد رمضان البوطي ، دمشق : مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، دار المعارف للطباعة ،1410هـ/1990م.

المبسوط: أبو بكر ، محمد بن أحمد السرخسي،مصر:مطبعة السعادة ،سنة 1324هـ.

المحصول في علم أصول الفقه : الرازي ، فخر الدين محمد بن عمر ، تحقيق : طه جابر فياض العلواني ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط2 ،1412هـ/1992م. طبعة أخرى : دار الكتب العلمية (بيروت) ، 1408هـ/1988م.

المحلّى: ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد، بيروت: دار الآفاق الجديدة.

مختار الصحاح:الرازي،محمد بن أبي بكر،مصر:مطبعة مصطفى البابي الحلبي،1369هـ/1950م.

مختصر الطحاوي: الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار إحياء العلوم، ط1، 1406 هـ /1986م.

مختصر المزني: ط2، دار المعرفة، 1393هـ / 1973م.

مختصر المنتهى الأصولي: ابن الحاجب ، جمال الدين أبو عمرو ، عثمان بن عمر ، مصر: (مع حاشيتي التفتازاني و الجرجاني) مكتبة الكليات الأزهرية ، 1403هـ/1983م . طبعة أخرى : المطبعة الأميرية(مصر).

مختصر من قواعد العلائي و كلام الإسنوي : ابن خطيب الدهشة ، أبو الثناء نور الدين بن محمود ، تحقيق : مصطفى البنجويني ، الموصل (العراق) : مطبعة الجمهورية ، 1984م.

المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبد القادر بن بدران الدمشقي، تصحيح وتعليق: عبد ا بن عبد المحسن التركي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3، 1405هـ / 1985م.

المدخل الفقهي : أحمد حجى الكردي ، دمشق:مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، دار المعارف للطباعة ،1410هـ/1990م.

المدخل الفقهي العام:مصطفى أحمد الزرقا ، دمشق:دار القلم ، ط2 ، 1425هـ/2004م.

مدونة الفقه المالكي و أدلته:صادق عبد الرحمن الغرياني،بيروت:مؤسسة الريان، ط1، 1423هـ/2002م.

المدونة الكبرى(للإمام مالك):رواية سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم،القاهرة:مطبعة الاستقامة 1323هـ.طبعة أخرى:بيروت:دار صادر.

مرآة الجنان:اليافعي،عبد ا بن أسعد،الهند:حيدر آباد، 1338 هـ(تصوير لبنان).

مراتب النحويين: عبد الواحد الحلبي، مصر: النهضة.

المستدرك على الصحيحين: أبو عبد ا الحاكم النيسابوري ، بيروت : دار المعرفة.

المستصفى من علم الأصول:الغزالي،أبو حامد محمد بن محمد،تحقيق:محمد سليمان الأشقر ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1417هـ/1987م. دمشق : دار الفكر.

مسند أبي داود الطيالسي: سليمان بن داود بن الجارود الشهير بأبي داود الطيالسي، بيروت: دار المعرفة.

المسند للإمام أحمد بن حنبل: تحقيق: عبد ا محمد الدرويش، دار الفكر، ط1، 1411هـ / 1991م. طبعة أخرى : شرح وفهرسة: أحمد محمد شاكر وحمزة أحمد الزين، القاهرة: دار الحديث، ط1، 116هـ / 1995م.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي:الفيومي،أحمد بن محمد،تحقيق:عبد العظيم الشناوي،مصر:دار المعارف.

مصنف ابن أبي شيبة (عنوانه: "الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار" المذكورة).

معالم السنن :الخطابي،أبو سليمان حمد بن محمد، بيروت:منشورات المكتبة العلمية،ط1401،2هـ/1981م.

المعتمد في أصول الفقه: البصري، أبو الحسين، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403 هـ / 1983م.

معجم الأدباء: ياقوت بن عبد ا الحموي، مصر: دار المأمون، 1936م. طبعة أخرى: بيروت: دار إحياء التراث العربي.

معجم الأعلام: الجابي، بسام عبد الوهاب، قبرص (ليماصول): الجفان والجابي للطباعة والنشر، ط1، 1407 هـ / 1987م.

المعجم الكبير: الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، تحقيق وتخريج: حمدي عبد المجيد السلفي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط2.

معجم المؤلفين: كحالة، عمر رضا، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1414 هـ / 1993م. طبعة أخرى: ط عبيد بدمشق.

معجم فقه ابن حزم الظاهري: لجنة موسوعة الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سورية: 1385 هـ / 1966م.

معجم لغة الفقهاء:محمد رواس قلعة جي ، بيروت: دار النفائس،ط1405،1هـ .

معجم مقاييس اللغة: ابن فارس،أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، بيروت: دار الكتب العلمية.

المعونة في الجدل:الشيرازي،أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي،تحقيق: علي بن عبد العزيز العميريني،الكويت:جمعية إحياء التراث الإسلامي.منشورات مركز المخطوطات والتراث، ط1407،1 هـ / 1987م.

المغني في الضعفاء: الذهبي، الحافظ، تحقيق: نور الدين عتر، حلب ، (سورية): دار المعارف، ط1 ، 1391 هـ / 1971 م.

المغني(على مختصر الخرقي): ابن قدامة ،أبو محمد عبد ا بن أحمد،بيروت: دار الفكر ط1، 1404هـ/1984م.مطبوع مع الشرح الكبير.

مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: الشريف التلمساني، أبو عبد ا محمد بن أحمد، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ / 1983م.

المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، دارسة وتحقيق: محمد عثمان الخشت، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1، 1405هـ / 1985م.

مقاصد الشريعة الإسلامية : محمد الطاهر ابن عاشور ، تونس : نشر الشركة التونسية للتوزيع ، 1978م.

المقدمات الممهدات : ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد ، تحقيق : محمد حجي ، بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1408هـ/1988م.

مقدمة ابن خلدون: عبد الرحمن ابن خلدون ، لبنان :دار إحياء التراث العربي ، ط4 .

الملل والنحل: الشهرستاني، أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد، تحقيق: محمد سيد كيلاني، بيروت: دار المعرفة.

المنتقى شرح الموطأ:الباجي،أبو الوليد سليمان بن خلف،مصر:مطبعة السعادة،ط1،1332ه

المنثور في القواعد : الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر ، تحقيق : تيسير فائق أحمد محمود ، الكويت : مؤسسة الفليج ، ط1 ، 1402هـ/1982م.

المنخول من تعليقات الأصول : الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، تحقيق : محمد حسن هيتو ، دمشق : دار الفكر ، ط2 ،1400هـ/1980م.

المنهاج للنووي مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني:النووي(سبق)الشربيني(عبد الرحمن بن محمد)، مصر:طبع مصطفى البابي الحلبي 1377هـ .

المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد: العليمي، عبد الرحمن بن محمد ، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وإبراهيم صالح، بيروت: دار صادر، دمشق: دار البشائر؛ ط1، 1997م.

الموافقات في أصول الشريعة : الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى ، تحقيق : عبد ا دراز ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1411هـ/1991م. طبعة أخرى : دار المعرفة.

مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:الحطاب،أبو عبد ا محمد بن محمد،بيروت:دار الفكر، ط 3، 1412هـ/1992م.

موسوعة القواعد الفقهية : محمد صدقي بن أحمد البورنو ، الرياض : مكتبة التوبة ، ط1 ، 1410هـ/1990م.

موطأ الإمام مالك برواية يحيي بن يحيى الليثي: إعداد:أحمد راتب عرموش،بيروت:دار النفائس،ط6، 1402هـ/1982م.

موطأ الإمام مالك و شرحه تنوير الحوالك : السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، مصر: مطبعة مصطفى بابي الحلبي ، 1349هـ .

ميزان الاعتدال في نقد الرجال: الذهبي، أبو عبد ا محمد بن أحمد بن عثمان، تحقيق علي محمد البجاوي، مصر: دار إحياء الكتب العربية ـ عيسى البابي الحلبي وشركاه، ط1، 1382هـ /1963م.

النجوم الزاهرة في أخبار مصر والقاهرة: ابن تغري بردي ، يوسف أبو المحاسن، مصر: دار الكتب المصرية.

نزهة النواظر على الأشباه والنظائر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مطبوع مع الأشباه والنظائر لابن نجيم.

نشر البنود على مراقي السعود: الشنقيطي، عبد ا بن إبراهيم العلوي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1409هـ / 1988م. نسخة أخرى: المغرب والإمارات: اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي. نسخة أخرى:طبعة حجرية لسنة:1327 هـ لسلطان المغرب عبد الحفيظ بن الحسن مع الضياء اللامع.

نصب الراية شرح أحاديث الهداية:الزيلعي،جمال الدين،أبو محمد،عبد ا بن يوسف بن محمد، القاهرة:دار الحديث، ط1، 1415هـ/1995م.

النظريات الفقهية : فتحي الدريني ، دمشق : مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، دار المعارف للطباعة ،1410هـ/1990م.

نظرية التقعيد الفقهي و أثرها في اختلاف الفقهاء : محمد الروكي ، الرباط : منشورات كلية الآداب و العلوم الإنسانية ، مطبعة النجاح بالدار البيضاء ، ط1،1414هـ/1994م.

النهاية في غريب الحديث:ابن الأثير،مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد،تحقيق:محمود محمد الطانجي و طاهر أحمد الزاوي،القاهرة:مطبعة عيسى البابي الحلبي،1383هـ/1962م.

نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ضبط وتصحيح: سالم هاشم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ ـ 1995م.و أخرى: القاهرة:دار الحديث، ط1، 1413هـ/1993م.

نيل الابتهاج بتطريز الديباج: أحمد بابا التنبكتي، مطبوع مع كتاب الديباج المذهب.

الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني،علي بن بكر،مطبوعة مع فتح القدير،مصر: المطبعة الأميرية،ط1، 1315هـ.

الوافي بالوفيات: الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك، ط ، لبنان.

الوسيط في أصول الفقه : وهبة الزحيلي ، دمشق : مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، دار المعارف للطباعة ،1410هـ/1990م.

الوسيط في تراجم أدباء شنقيط: الشنقيطي، أحمد الأمين، مصر: مكتبة الخانجي، الدار البيضاء (المغرب) : مكتبة الوحدة العربية؛ ط3 ، 1380 هـ / 1961م.

وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: ابن خلكان، أحمد بن محمد، تحقيق: إحسان عباس، بيروت: دار صادر. طبعة اخرى: تحقيق محيي الدين عبد الحميد ط القاهرة 1367 هـ .

الوفيات: السلامي، محمد بن رافع، تحقيق: صالح مهدي عباس وبشار عواد معروف، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1402 هـ / 1982 م.

فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

آية الاستفتاح..2
حديث الاستفتاح..3
إهداء..4
شكر و تقدير..5
المقدمة..6
الباب التمهيدي...18
الفصل الأول:تعريف القواعد الفقهية و تحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية...............19
تمهيد...20
المبحث الأول:تعريف القاعدة الفقهية..21
المطلب الأول: تعريف القاعدة بوصفها علما مركبا..............................21
تعريف القاعدة...21
تعريف لفظة " الفقهية"...23
الإضافة بين القواعد و الفقهية...25
المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية بمفهومها اللقبي.........................25
ذكر من تعرض لتعريف القاعدة الفقهية علىالخصوص..........................28
تعريفات بعض المعاصرين...31
شرح التعريف المختار...35

المبحث الثاني:تحقيق القول في كون القواعد الفقهية أغلبية أو كلية.............................38
الفصل الثاني:مقومات القاعدة الفقهية...43
تمهيد...44
المبحث الأول:أركان القاعدة الفقهية...45
المبحث الثاني:شروط القاعدة الفقهية...47
المطلب الأول: شروط أركان القاعدة الفقهية..47
المطلب الثاني: شروط تطبيق القاعدة...49
الفصل الثالث :الفرق بين القاعدة الفقهية و الكليات الأخرى..................................51
المبحث الأول: مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي...52
المبحث الثاني:الفرق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي......................................55
المطلب الأول:بيان معنى الضابط...55
المطلب الثاني:الفرق بين الضابط و القاعدة..56
المبحث الثالث:الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية...................................59
المبحث الرابع:الفرق بين القواعد الفقهية و النظريات الفقهية....................................62
المطلب الأول:تعريف النظرية الفقهية...63
المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية و النظرية الفقهية و بيان التداخل بينهما..............64
الفصل الرابع :مصادر القاعدة الفقهية...66
تمهيد...67
المبحث الأول : نصوص الشرع...68
المطلب الأول: النصوص التي هي قواعد فقهية مباشرة...69
المطلب الثاني: النصوص الدالة على القواعد بطريق الاجتهاد....................................71
المطلب الثالث:النصوص الدالة على القواعد بطريق الاستقراء...................................73
المبحث الثاني:نصوص العلماء و الأقوال المخرجة لهم...77
المبحث الثالث:القواعد الفقهية المخرجة من تراث الأئمة..80
المطلب الأول:التخريج عن طريق القياس...80
المطلب الثاني: التخريج عن طريق الاستصحاب..82
المطلب الثالث: التخريج عن طريق الاستصلاح..83
المطلب الرابع: التخريج عن طريق الاستدلال العقلي..84

الفصل الخامس: دليلية القاعدة الفقهية..85
المبحث الأول: أهمية القاعدة الفقهية...86
المبحث الثاني:هل يمكن أن تكون القاعدة الفقهية دليلا يستنبط منه الحكم؟........................89
المبحث الثالث: مناقشة آراء العلماء و أدلتهم في الموضوع و بيان الراجح منها.................94
الفصل السادس: ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية.......................................102
المبحث الأول:تعريف الاستثناء...103
المبحث الثاني:أقسام الاستثناء..106
المبحث الثالث:الاستثناء في القواعد الفقهية وأهم الكتب التي اعتنت به............................108
المطلب الأول:نشأة الاستثناء..108
المطلب الثاني: أهم المؤلفات التي اعتنت بالاستثناء...109
الباب الأول:الاستثناء في القواعد الفقهية و أسبابه من الأدلة المتفق عليها.................114
تمهيد..115
الفصل الأول: الاستثناء بسبب النص...117
المبحث الأول:النص...118
المطلب الأول:التعريف بالنص..118
المطلب الثاني: أقسامه...119
المطلب الثالث: لا اجتهاد مع النص..123
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص..125
المطلب الأول:المثال الأول:قاعدة "الخراج بالضمان"...125
شرح القاعدة و تطبيقاتها..125
الاستثناء: حديث المصراة...126
المطلب الثاني: المثال الثاني:قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"................................129
شرح القاعدة و تطبيقاتها..129
الاستثناء: ضمان اللقطة...130
المطلب الثالث:المثال الثالث:قاعدة " البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه"..........134
شرح القاعدة و تطبيقاتها..134
الاستثناء: حكم اختلاف المتابيعين و السلعة قائمة...135
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة " جرح العجماء جبار"..138
شرح القاعدة و تطبيقاتها..138
الاستثناء: حكم جناية العجماء بالليل...139

الفصل الثاني : الاستثناء بسبب الإجماع...142
المبحث الأول: الإجماع...143
المطلب الأول:تعريف الإجماع.. 143
المطلب الثاني:حجية الإجماع...144
المطلب الثالث:مستند الإجماع..145
المطلب الرابع:أهم أنواع الإجماع...146
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع.........................149
المطلب الأول:المثال الأول:قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني"..149
شرح القاعدة و تطبيقاتها...149
الاستثناء: حكم عقود الهازل..151
المطلب الثاني: المثال الثاني:قاعدة "الرخص لا تناط بالمعاصي"......................154
شرح القاعدة و تطبيقاتها...154
الاستثناء: أكل الميتة للعاصي بسفره...155
المطلب الثالث: المثال الثالث:قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"....................158
شرح القاعدة و تطبيقاتها...158
الاستثناء:الإكراه على قتل المسلم...161
الفصل الثالث: الاستثناء بسبب القياس..163
المبحث الأول: القياس...164
المطلب الأول:تعريف القياس...164
المطلب الثاني:حجية القياس..165
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس..........................169
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور"....................169
شرح القاعدة و تطبيقاتها...169
الاستثناء:حكم من وجد ما لا يكفيه من الماء للوضوء..............................170
المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة "العادة محكمة".............................173
شرح القاعدة و تطبيقاتها...173
الاستثناء:حكم البيع بالمعاطاة...175
المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة "الزعيم غارم"...............................178
شرح القاعدة و تطبيقاتها...178
الاستثناء:كفالة المجهول...179

المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"............180
شرح القاعدة و تطبيقاتها..180
الاستثناء:حكم إرث المطلقة بائنا في مرض الموت....................................182
الباب الثاني:الاستثناء في القواعد الفقهية و أسبابه من الأدلة المختلف فيها...............186
تمهيد..187
الفصل الأول: الاستثناء بسبب الاستحسان...188
المبحث الأول: الاستحسان...189
المطلب الأول:تعريف الاستحسان..189
المطلب الثاني:حجية الاستحسان...190
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان..............................198
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الأمور بمقاصدها"......................................198
شرح القاعدة و تطبيقاتها..198
الاستثناء:تصدق بجميع ماله و لم ينو الزكاة..200
المطلب الثاني: المثال الثاني: نذر التصدق بماله(من نفس القاعدة السابقة)...............201
المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة "الحدود تدرأ بالشبهات"..............................204
شرح القاعدة و تطبيقاتها..204
الاستثناء:اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل...206
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"..............209
شرح القاعدة و تطبيقاتها..209
الاستثناء:حكم نجاسة البئر إذا وجدت فيه فأرة ميتة.....................................211
المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة "لا ينسب إلى ساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"...214
شرح القاعدة و تطبيقاتها..214
الاستثناء:سقوط حق الزوج إذا اشترطا في عقد النكاح تأجيل كل المهر.....................215
الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الاستصحاب..222
المبحث الأول: الاستصحاب..223
المطلب الأول:تعريف الاستصحاب...223
المطلب الثاني:أنواع الاستصحاب..223
المطلب الثالث:حجية الاستصحاب..225
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستصحاب............................230

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "ما جاز لعذر بطل بزواله"..............................230
شرح القاعدة و تطبيقاتها...230
الاستثناء:حكم المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة..231
المطلب الثاني: المثال الثاني:قدرة المتمتع على الهدي بعد الشروع في الصوم(مستثناة من نفس القاعدة السابقة)...233
المطلب الثالث:المثال الثالث:حكم المسافر إذا قدم نهارا في رمضان(مستثناة من نفس القاعدة السابقة)...235
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"...............236
شرح القاعدة و تطبيقاتها...236
الاستثناء:ادعاء زوجة النصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها فهي تستحق الميراث.....237
المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة " لا ضرر و لا ضرار"..........................238
شرح القاعدة و تطبيقاتها...238
الاستثناء:الشفعة للجار و الشريك المقاسم..241
المطلب السادس: المثال السادس: قاعدة "إذا اجتمع الحلال و الحرام غلب الحرام"............245
شرح القاعدة و تطبيقاتها...245
الاستثناء:حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد......................................248
الفصل الثالث : الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصالح المرسلة)........................252
تمهيد...253
المبحث الأول: المصالح المرسلة..254
المطلب الأول:تعريف المصلحة..254
المطلب الثاني:أقسام المصلحة..254
المطلب الثالث:حجية المصالح المرسلة و موقف المذاهب منها............................257
المطلب الرابع:شروط الأخذ بالمصلحة...263
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصالح المرسلة.......................266
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الأجر و الضمان لا يجتمعان".......................266
شرح القاعدة و تطبيقاتها...266
الاستثناء:تضمين الصناع...267
المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"...............273
شرح القاعدة و تطبيقاتها...273
الاستثناء:تطليق القاضي على المولى..274

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة "البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه"..........279
شرح القاعدة و تطبيقاتها..........279
الاستثناء:عدم تحليف المدعى عليه إذا لم يكن بينه و بين المدعي خلطة..........279
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "المباشر ضامن و إن لم يتعمد"..........281
شرح القاعدة و تطبيقاتها..........281
الاستثناء:ضمان خطأ القاضي..........284
الفصل الرابع: الاستثناء السبب العرف..........288
المبحث الأول: العرف..........289
المطلب الأول:تعريف العرف و العادة لغة واصطلاحا و النسبة بينهما..........289
المطلب الثاني:أقسام العرف..........293
المطلب الثالث:تحكيم العرف..........296
المطلب الرابع:أدلة اعتبار العرف..........296
المطلب الخامس:شروط اعتبار العرف..........299
المطلب السادس:الاحتجاج بالعرف في المذاهب الفقهية..........302
المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف..........307
تمهيد..........307
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة "الإقرار حجة قاصرة"..........308
شرح القاعدة و تطبيقاتها..........308
الاستثناء:إقرار أب أو وصي البكر بقبض مهرها..........309
المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة " البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه"..........312
شرح القاعدة و تطبيقاتها..........312
الاستثناء:اختلاف الزوجين في قبض المهر بعد الدخول..........312
المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة "التابع تابع"..........314
شرح القاعدة و تطبيقاتها..........314
الاستثناء:حكم نماء الرهن وزوائده..........315
المطلب الرابع: المثال الرابع:قاعدة "بيع المعدوم باطل"..........318
شرح القاعدة و تطبيقاتها..........318
الاستثناء:عقد الاستصناع..........319
ملحق بالبحث: نماذج من تعديل صياغة القواعد الفقهية..........324
تمهيد..........225

القاعدة الأولى: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"..329
القاعدة الثانية:"المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"...329
القاعدة الثالثة:"يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا"........................330
القاعدة الرابعة:"لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه"...........................331
القاعدة الخامسة: "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"..................................332
القاعدة السادسة:"الأصل في الصفات العارضة العدم"..334
القاعدة السابعة:"التابع لاينفرد بالحكم...335
القاعدة الثامنة: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"...............................336
الخاتمة : نتائج و توصيات...339
ملحق بتراجم الأعلام...346
الفهارس...368
فهرس الآيات القرآنية..369
فهرس الأحاديث و الآثار..373
فهرس القواعد و الضوابط..377
فهرس الأعلام...382
فهرس المصادر و المراجع..388
فهرس الموضوعات...407